

2004 FC 38
T-225-01
T-81-03

2004 CF 38
T-225-01
T-81-03

The Attorney General of Canada (*Applicant*)

Le Procureur général du Canada (*demandeur*)

v.

c.

S.D. Myers, Inc. (*Respondent*)

S.D. Myers, Inc. (*défenderesse*)

and

et

The United Mexican States (Mexico) (*Intervener*)

Les États-Unis du Mexique (Le Mexique)
(*intervenant*)

INDEXED AS: CANADA (ATTORNEY GENERAL) v. S.D. MYERS INC. (F.C.)

RÉPERTORIÉ: CANADA (PROCUREUR GÉNÉRAL) c. S.D. MYERS INC. (C.F.)

Federal Court, Kelen J.—Ottawa, December 1, 2 and 3, 2003 and January 13, 2004.

Cour fédérale, juge Kelen—Ottawa, 1^{er}, 2 et 3 décembre 2003 et 13 janvier 2004.

Foreign Trade — Judicial review of arbitral award of damages against Canada for breach of North American Free Trade Agreement (NAFTA) Arts. 1102, 1105 by imposition of ban on export of PCB wastes to U.S.A. — NAFTA, Art. 1102 deals with right to national treatment, Art. 1105 sets out minimum standards of treatment — Purpose of ban: protection of Canadian operators, not environment — Tribunal comprised of three distinguished experts in international trade law found ban favoured Canadian nationals, prevented respondent, its investment from carrying on intended Canadian business — Whether award exceeded scope of arbitration agreement, contravened Canadian public policy — Four sub-issues raised by Canada, Mexico (intervener) — Application denied — NAFTA objectives considered — NAFTA providing new cause of action not in former Canada-U.S. Free Trade Agreement; individual investors can seek relief in case of discriminatory treatment — Court's review jurisdiction limited by Commercial Arbitration Code, art. 34 — S.C.C.'s "pragmatic, functional approach" to standard of review inapplicable to international commercial arbitrations — Judicial deference to be accorded — Merits-based review not contemplated — No review for error of law, erroneous finding of fact if within Tribunal's jurisdiction — Necessity for predictability in enforcement of dispute resolution provisions — Parties should be prepared to accept arbitral tribunal's decision even if wrong — Arbitration not to be just first step leading to final decision by jurisdiction's highest appeal court — Award not dealing with dispute outside terms of submission — Canada failing to challenge jurisdiction in time under UNCITRAL Arbitration Rules, art. 21(3) — Canada's statement of defence obtuse on issue of jurisdiction — Code art. 34(2)(b)(ii) provision (award set aside if conflicting with Canadian public policy)

Commerce extérieur — Contrôle judiciaire des sentences arbitrales condamnant le Canada à verser des dommages-intérêts pour avoir contrevenu aux art. 1102 et 1105 de l'Accord de libre-échange nord-américain (ALÉNA) en imposant une interdiction sur les exportations de déchets contenant des BPC vers les États-Unis — L'art. 1102 de l'ALÉNA porte sur le droit au traitement national, l'art. 1105 établit la norme minimale de traitement — Objet de l'interdiction: protection des exploitants canadiens et non de l'environnement — Un tribunal composé de trois membres réputés pour leur expertise en droit du commerce international a conclu que l'interdiction favorisait les ressortissants canadiens et empêchait la défenderesse et son investissement d'exploiter l'entreprise canadienne qu'ils avaient envisagée — Les sentences arbitrales excédaient-elles la portée de la convention d'arbitrage et étaient-elles contraires à l'ordre public du Canada? — Le Canada et le Mexique (intervenants) ont soulevé quatre sous-questions — Demande rejetée — Examen des objectifs de l'ALÉNA — L'ALÉNA crée un recours que ne prévoyait pas l'Accord de libre-échange Canada-États-Unis: les investisseurs disposent d'un recours en cas de traitement discriminatoire — La compétence de la Cour en matière de contrôle judiciaire est limitée par l'art. 34 du Code d'arbitrage commercial — L'«approche pragmatique et fonctionnelle» formulée par la C.S.C. ne peut servir à établir une norme de contrôle en matière d'arbitrages commerciaux internationaux — Il faut faire preuve de retenue judiciaire — Examen du fond non prévu — Aucun contrôle judiciaire d'une décision qui repose sur une erreur de droit, sur une conclusion de fait erronée, si elle entre dans la compétence du tribunal — La prévisibilité dans l'application des dispositions en matière de règlement des différends est indispensable — Les parties devraient être disposées à

contemplates fundamental justice principles, not political, international position taken by Canada — Tribunal's conclusions not patently unreasonable, resulting in flagrant justice denial — Not conflicting with Canadian public policy — Language of Art. 1139 broad as to "investment of an investor of a Party" — Tribunal's conclusion permitted by language of NAFTA — Canada Business Corporations Act inapplicable — Canada's position narrow, legalistic, contrary to NAFTA objectives — NAFTA rights cumulative unless in direct conflict — Respondent entitled to Chap. 11, 12 rights — As to Art. 1102 (national treatment), "in like circumstances" is flexible benchmark, was open to Tribunal to opt for broad comparator.

Federal Court Jurisdiction — Application under Commercial Arbitration Code, art. 34, to set aside award of arbitral tribunal under North American Free Trade Agreement (NAFTA) — Three-member Tribunal composed of international trade law experts — Application denied — Court's judicial review jurisdiction restricted by art. 34 — S.C.C.'s "pragmatic, functional approach" to standard of review inapplicable to review of international commercial arbitrations — Judicial deference to be accorded — Merits-based review not contemplated — Under art. 34, no judicial review for error of law, erroneous finding of fact if decision within Tribunal's jurisdiction — Trend towards position parties to accept award even if wrong — Arbitration not to be first step in process leading to final decision by jurisdiction's highest appellate court — Award did not deal with dispute outside terms of submission — Canada having failed to challenge Tribunal's jurisdiction in timely manner as required by UNCITRAL Arbitration Rules, art. 21(3) — Comparable to Federal Courts Act, s. 57(1) requirement to serve notice in constitutional challenge.

This was an application under the *Commercial Arbitration Code*, article 34 to set aside liability, damages and costs awards made by an Arbitral Tribunal pursuant to the *North*

accepter la décision du tribunal arbitral même si elle est erronée — L'arbitrage ne doit pas être simplement la première étape d'un processus qui conduit jusqu'à la décision finale de la cour d'appel la plus élevée — La sentence ne portait pas sur un différend non visé dans le compromis — Le Canada n'a pas soulevé à temps l'exception d'incompétence prévue à l'art. 21(3) du Règlement d'arbitrage de la CNUDCI — La réponse du Canada est ambiguë à l'égard de la compétence — L'art. 34(2)b)(ii) (annulation de la sentence qui est contraire à l'ordre public du Canada) s'entend des principes fondamentaux de la justice et non de la position politique ou de la position internationale du Canada — Les conclusions du tribunal ne sont pas manifestement déraisonnables, ne se traduisent pas par un déni de justice flagrant — Elles ne sont pas contraires à l'ordre public du Canada — Portée large de la définition de l'art. 1139 d'un «investissement effectué par un investisseur d'une Partie» — Les termes de l'ALÉNA autorisent la conclusion du tribunal — La Loi canadienne sur les sociétés par actions est inapplicable — La position du Canada est étroite, légaliste et contraire aux objectifs de l'ALÉNA — Les droits conférés par l'ALÉNA sont cumulatifs à moins qu'ils ne soient directement contradictoires — La défenderesse bénéficie des droits conférés par les ch. 11 et 12 — Quant à l'art. 1102 (traitement national), le critère souple des «circonstances analogues» était ouvert au tribunal et lui permettait d'opter pour un comparateur large.

Compétence de la Cour fédérale — Demande présentée en vertu de l'art. 34 du Code d'arbitrage commercial en vue d'obtenir l'annulation des sentences rendues par un tribunal arbitral constitué en vertu de l'Accord de libre-échange nord-américain (ALÉNA) — Tribunal composé de trois experts en droit du commerce international — Demande rejetée — Compétence de la Cour en matière de contrôle judiciaire limitée par l'art. 34 — L'«approche pragmatique et fonctionnelle» formulée par la C.S.C. pour établir une norme de contrôle ne s'applique pas au contrôle d'arbitrages commerciaux internationaux — Il faut faire preuve de retenue judiciaire — Examen du fond non prévu — En vertu de l'art. 34, il n'existe aucun contrôle judiciaire d'une décision qui repose sur une erreur de droit, une conclusion de fait erronée, si elle entre dans la compétence du tribunal — Tendence favorisant l'opinion selon laquelle les parties devraient accepter la décision même si elle est erronée — L'arbitrage ne doit pas être simplement la première étape d'un processus qui conduit jusqu'à la décision finale de la cour d'appel la plus élevée du ressort — La sentence ne portait pas sur un différend non visé dans le compromis — Le Canada n'a pas soulevé à temps l'exception d'incompétence comme l'exige l'art. 21(3) du Règlement d'arbitrage de la CNUDCI — Analogue à l'art. 57(1) de la Loi sur les Cours fédérales exigeant la signification d'un avis de question constitutionnelle.

Il s'agissait d'une demande présentée en vertu de l'article 34 du *Code d'arbitrage commercial* en vue d'obtenir l'annulation des sentences sur la responsabilité, sur les

American Free Trade Agreement (NAFTA). This was the first time that the Federal Court had been called upon to deal with a NAFTA, Chapter 11 arbitration award.

The Attorney General sought review of the determination that Canada breached NAFTA Articles 1102 and 1105 by imposing a ban on the export of PCB wastes from Canada for treatment in the United States. Respondent, S.D. Myers, Inc., (SDMI) an Ohio corporation which carries on the business of remediating PCB-contaminated wastes, was awarded \$6,050,000 as damages plus costs. SDMI's owners incorporated Myers Canada, which offered waste remediation services to Canadian customers. It would drain PCBs from equipment in Canada and then transport the equipment and PCBs to Ohio for further decontamination of the equipment and destruction of the PCBs.

When the American Environmental Protection Agency (EPA) issued an enforcement discretion allowing SDMI to import PCBs upon certain conditions, two Canadian hazardous waste businesses met with Canada's Environment Minister to advise that this would threaten the viability of their operations. In the result, Canada banned the export of PCB wastes for 14 months after which the border was reopened. SDMI then submitted its arbitration claim, asserting that Myers Canada was its "investment" in Canada and that the ban had violated its NAFTA Article 1102 right to national treatment and that to minimum standard of treatment (Article 1105). It further alleged that Articles 1106 (performance requirements) and 1110 (expropriation) had been contravened. It was noteworthy that the ban was directed against SDMI—the only company granted permission by EPA to import PCBs. The Tribunal concluded that "there was no legitimate environmental reason for introducing the ban".

The Tribunal consisted of three international trade and arbitration experts, including two Canadians. The impugned awards were made by unanimous decision. The Tribunal found that the orders favoured Canadian nationals over non-nationals and that their effect had been to prevent SDMI and its investment from carrying out their intended Canadian business. SDMI was found to have provided Myers Canada with technical support, financial assistance and loans and it anticipated sharing in the profits gained by Myers Canada.

There two main issues herein were: (1) whether the arbitral awards exceeded the scope of the arbitration agreement in Part

dommages-intérêts et sur les frais rendues par un tribunal arbitral constitué en vertu de l'*Accord de libre-échange nord-américain* (ALÉNA). C'était la première fois que la Cour fédérale était saisie d'une demande d'annulation d'une sentence arbitrale rendue en vertu du chapitre 11 de l'ALÉNA.

Le procureur général a sollicité le contrôle judiciaire de la décision portant que le Canada contrevenait aux articles 1102 et 1105 en imposant une interdiction sur les exportations de déchets contenant des BPC du Canada pour leur traitement aux États-Unis. La défenderesse, S.D. Myers, Inc. (SDMI), une société de l'Ohio qui effectue la décontamination des déchets contaminés aux BPC, a obtenu 6 050 000 \$ de dommages-intérêts plus les frais. Les propriétaires de SDMI ont constitué Myers Canada, laquelle offre des services de décontamination de déchets à des clients canadiens. Elle retire les BPC de l'équipement au Canada, puis transporte cet équipement et les BPC en Ohio pour que l'on procède à une nouvelle décontamination et à la destruction des BPC.

Lorsque l'Environmental Protection Agency (EPA) des États-Unis a accordé à SDMI une permission discrétionnaire l'autorisant à importer des BPC à certaines conditions, deux exploitants canadiens d'établissements de traitement de déchets dangereux ont rencontré le ministre de l'Environnement pour l'informer que cette mesure éventuelle menacerait la viabilité de leurs propres activités. Le Canada a donc interdit les exportations de déchets contenant des BPC pendant 14 mois, après quoi il a rouvert sa frontière. SDMI a alors soumis une plainte à l'arbitrage, affirmant que Myers Canada constituait son «investissement» au Canada et que l'interdiction portait atteinte aux droits que lui accordait l'ALÉNA au titre du traitement national (article 1102) et de la norme minimale de traitement (article 1105). Elle a également allégué que l'article 1106 (prescriptions des résultats) et l'article 1110 (expropriation) n'avaient pas été respectés. Il importait de souligner que l'interdiction était dirigée contre SDMI la seule société qui avait reçu l'autorisation de l'EPA d'importer des BPC. Le tribunal a conclu qu'«il n'y avait aucune raison légitime d'ordre environnemental justifiant l'interdiction».

Le tribunal se composait de trois experts en arbitrage international et en commerce international, incluant deux Canadiens. Les sentences contestées ont été rendues à l'unanimité. Le tribunal a conclu que les arrêtés favorisaient les ressortissants canadiens aux dépens des étrangers et avaient pour effet d'empêcher SDMI et son investissement d'exploiter l'entreprise canadienne qu'ils avaient envisagée. Il a estimé que SDMI avait fourni à Myers Canada un soutien technique et financier, qu'elle lui avait consenti des prêts et qu'elle s'attendait à partager les bénéfices issus des opérations de Myers Canada.

Les deux principales questions soulevées en l'espèce étaient les suivantes: 1) les sentences arbitrales excédaient-elles la

B of NAFTA, Chapter 11 by dealing with a dispute not contemplated by that Chapter; and (2) whether the awards contravened Canadian public policy. Four sub-issues were raised by Canada, with Mexico intervening in support: (1) for Chapter 11 purposes, was SDMI an “investor” and Myers Canada its “investment”; (2) whether the Tribunal misconstrued the obligation of national treatment in Article 1102 as permitting a comparison between the treatment accorded SDMI and Myers Canada with Canadian companies and wrongly concluded that SDMI and Myers Canada were “in like circumstances” with Canadian companies for Article 1102 purposes; (3) whether the Tribunal erred in concluding that under international law, a breach of an obligation related to investment protection supports a finding that a State Party breached NAFTA Article 1105 and that, in the circumstances, a breach of Article 1102 essentially establishes a breach of Article 1105; and (4) whether the Tribunal exceeded the scope of the submission to arbitration by applying Chapter 11 obligations to “cross-border trade in services” which are governed by Chapter 12.

Held, the application should be dismissed.

Article 102 sets out the following as NAFTA objectives: (1) to eliminate trade barriers in the free trade zone of Canada, U.S.A. and Mexico; (2) to promote conditions of fair competition in the free trade area; (3) to substantially increase investment opportunities in the area; (4) to create an effective procedure for the application of NAFTA and dispute resolution. Parties are to apply NAFTA in accordance with “applicable rules of international law”. Under Chapter 11, Canada must treat an American company which invests and competes in Canada in a fair, non-discriminatory manner. Article 1114—which allows Canada to adopt legitimate environmental measures—was not here at issue for the Tribunal found that the export ban was intended to shield a Canadian industry from American competition rather than to protect the environment.

Under NAFTA, Article 1102 Canada, U.S.A. and Mexico have all agreed to accord each others’ investors no less favourable treatment than it does to its own with respect “to the establishment, acquisition, expansion, management, conduct, operation, and sale or other disposition of investments”. Unlike the former Canada-U.S. Free Trade Agreement, NAFTA provides a mechanism whereby individual investors can settle disputes over alleged discriminatory

portée de la convention d’arbitrage prévue à la section B du chapitre 11 de l’ALÉNA du fait qu’elles auraient porté sur un différend non visé par ce chapitre? 2) les sentences arbitrales étaient-elles contraires à l’ordre public du Canada? Le Canada ainsi que le Mexique, qui est intervenu à l’appui du Canada, ont soulevé quatre sous-questions: 1) pour l’application du chapitre 11, SDMI était-elle un «investisseur» et Myers Canada, son «investissement»? 2) le tribunal a-t-il mal interprété l’obligation de traitement national prévue à l’article 1102 en estimant qu’elle autorisait la comparaison entre le traitement accordé à SDMI et Myers Canada et le traitement accordé aux sociétés canadiennes, et le tribunal a-t-il conclu à tort que SDMI et Myers Canada se trouvaient «dans des circonstances analogues» à celles des sociétés canadiennes pour l’application de l’article 1102? 3) le tribunal a-t-il commis une erreur en concluant qu’en vertu du droit international, un manquement à une obligation reliée à la protection de l’investissement permet de conclure que la Partie a manqué aux dispositions de l’article 1105 de l’ALÉNA et que, dans les circonstances, le manquement à l’article 1102 entraîne fondamentalement un manquement à l’article 1105? et 4) le tribunal a-t-il excédé la portée du compromis ou de la clause compromissoire en appliquant les obligations du chapitre au «commerce transfrontières de services», régi par le chapitre 12.

Jugement: la demande est rejetée.

Les objectifs de l’ALÉNA figurent à l’article 102: 1) éliminer les obstacles au commerce dans la zone de libre-échange du Canada, des États-Unis et du Mexique; 2) favoriser la concurrence loyale dans la zone de libre-échange; 3) augmenter substantiellement les possibilités d’investissement dans la zone de libre-échange; 4) établir des procédures efficaces pour l’application de l’ALÉNA et pour le règlement des différends. Les parties doivent appliquer l’ALÉNA en conformité avec les «règles applicables du droit international». Le chapitre 11 impose au Canada l’obligation de traiter une société des États-Unis qui investit et participe à la concurrence au Canada de manière équitable et sans discrimination. L’article 1114 lequel autorise le Canada à adopter une mesure environnementale légitime n’était pas pertinent pour le tribunal qui a conclu que l’interdiction d’exporter visait à protéger les entreprises canadiennes de la concurrence des États-Unis plutôt qu’à protéger l’environnement.

Selon l’article 1102 de l’ALÉNA, le Canada, les États-Unis et le Mexique ont convenu que chacun d’eux accordera aux investisseurs des autres pays un traitement non moins favorable que celui qu’il accorde 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 aliénéation de l’investissement». Contrairement à l’Accord de libre-échange Canada-États-Unis qui l’a précédé, l’ALÉNA

treatment. This is a significant new cause of action safeguarding investors from state protection. It sets up an efficient arbitration process applicable only to Chapter 11 claims by “investors” with respect to “investments of investors”.

The Court’s jurisdiction for judicial review is limited by article 34 of the *Commercial Arbitration Code* and the “pragmatic and functional approach” for determining standard of review adopted by the Supreme Court of Canada has not been followed in Canadian cases involving international commercial arbitrations. In *Mexico v. Karpa*, an unreported Ontario decision, Chilcott J. concluded that “judicial deference should be accorded to arbitral awards generally and to international commercial arbitrations in particular”. In *Desputeaux v. Éditions Chouette (1987) inc.*, [2003] 1 S.C.R. 178, the Supreme Court of Canada overturned a decision of the Quebec Court of Appeal regarding an arbitral award in a copyright dispute as leading to a merits-based review not contemplated by the legislation. Article 34 does not allow for judicial review for either error of law or erroneous finding of fact, so long as the decision was within the Tribunal’s jurisdiction. Canadian courts have recognized that predictability in the enforcement of dispute resolution provisions is an indispensable precondition to any international business transaction. The trend is towards the position that parties should be prepared to accept an arbitral tribunal’s decision even if wrong given that correct procedures have been observed. It is undesirable that arbitration become just the initial step in a process leading to a final decision by the highest appellate court of the jurisdiction where the arbitration had been conducted.

Under article 34, the award could be set aside only if (1) it dealt with a dispute not contemplated by or not falling within the terms of the submission to arbitration or (2) it decided a matter outside the scope of the submission.

The Court was not satisfied that the award dealt with a dispute not contemplated by or outside the terms of the submission: whether Canada had breached NAFTA Articles 1102 and 1105. But the second ground was more difficult. The Attorney General’s argument was that the decision that SDMI is an “investor” and that Myers Canada is “an investment of an investor” under the Article 1139 definitions was beyond the scope of the submission. The intervener, Mexico, suggested

prévoit un mécanisme permettant aux investisseurs de régler leurs différends concernant l’allégation de traitement discriminatoire. Il s’agit d’un recours nouveau et important qui protège les investisseurs contre le protectionnisme de l’État. Ce mécanisme établit une procédure d’arbitrage efficace qui ne s’applique qu’aux différends concernant les plaintes d’«investisseurs» à l’égard des «investissements effectués par les investisseurs» prévues au chapitre 11.

La compétence de la Cour en matière de contrôle judiciaire est limitée par l’article 34 du *Code d’arbitrage commercial* et l’«approche pragmatique et fonctionnelle» adoptée par la Cour suprême du Canada pour établir la norme de contrôle n’a pas été appliquée dans les affaires canadiennes faisant l’objet d’arbitrages commerciaux internationaux. Dans *Mexico v. Karpa*, décision ontarienne non publiée, le juge Chilcott a conclu qu’«il faut faire preuve d’une grande retenue à l’égard des sentences arbitrales en général, et des arbitrages commerciaux internationaux en particulier». Dans l’arrêt *Desputeaux c. Éditions Chouette (1987) inc.*, [2003] 1 R.C.S. 178, la Cour suprême du Canada a infirmé un arrêt de la Cour d’appel du Québec portant sur une sentence arbitrale visant un différend en matière de droit d’auteur, estimant qu’il conduisait à l’examen du fond, non prévu par la législation. L’article 34 n’autorise pas le contrôle judiciaire d’une décision entrant dans la compétence du tribunal dans le cas où elle repose sur une erreur de droit ou une conclusion de fait erronée. Les tribunaux canadiens ont reconnu que la prévisibilité dans l’application des dispositions en matière de règlement de différends est une condition préalable indispensable à toute opération commerciale internationale. La tendance favorise l’opinion selon laquelle les parties devraient être disposées à accepter la décision du tribunal arbitral même si elle est erronée, pour autant que les procédures régulières ont été suivies. Il n’est pas souhaitable que l’arbitrage devienne simplement la première étape d’un processus qui conduit à une décision finale de la cour d’appel la plus élevée du ressort où s’est déroulé l’arbitrage.

En vertu de l’article 34, la sentence arbitrale ne peut être annulée que si 1) elle porte sur un différend non visé dans le compromis ou n’entrant pas dans les prévisions de la clause compromissoire, ou 2) elle contient des décisions qui dépassent les termes du compromis ou de la clause compromissoire.

La Cour n’a pas été persuadée que la sentence portait sur un différend non visé dans le compromis ou n’entrant pas dans les prévisions de la clause compromissoire: à savoir si le Canada avait manqué aux articles 1102 et 1105 de l’ALÉNA. Le second motif était toutefois plus difficile. Le procureur général a fait valoir que la décision portant que SDMI est un «investisseur» ou que Myers Canada est un «investissement effectué par l’investisseur» selon les définitions de l’article

that the Tribunal exceeded the submission's scope by applying Chapter 11 obligations to "cross-border trade in services" (governed by Chapter 12) as that Chapter was outside the scope of arbitration.

Under article 21(3) of the *UNCITRAL Arbitration Rules*, any challenge to jurisdiction has to be raised not later than the statement of defence. Article 21(4) provides that, "in general", the Tribunal ought to rule on jurisdiction as a preliminary question although it may proceed with the arbitration and rule on jurisdiction as part of its final award. SDMI argued that Canada, not having previously objected to jurisdiction, could not do so in seeking judicial review. Canada said that paragraph 4 of its statement of defence, a denial of certain facts alleged in the statement of claim, constituted a challenge to jurisdiction but article 21 requires that clear objection be made and paragraph 4 failed to meet that requirement. Canada did not ask the Tribunal to rule on jurisdiction as a preliminary question and a lengthy, costly arbitration was conducted. The statement of defence was obtuse as to jurisdiction. The Tribunal had dealt with the issues as to whether SDMI was an "investor" and whether there was an "investment" as questions of mixed fact and law and not as a question of jurisdiction. To hold that Canada had properly objected to jurisdiction would be to undermine the clear, express NAFTA dispute resolution procedures. The NAFTA rule that jurisdiction must be pleaded could be compared with the requirement in *Federal Courts Act*, subsection 57(1) that, if a constitutional question is to be raised, notice must be served. The Supreme Court of Canada has held that failure to give the required notice bars a party from later challenging a law's constitutionality.

The Code article 34(2)(b)(ii) provision that an award may be set aside upon judicial review if "in conflict with the public policy of Canada", does not contemplate a political or international position taken by Canada but refers rather to "fundamental notions and principles of justice". One such principle is that a tribunal not exceed jurisdiction and that jurisdictional error can be a decision which is patently unreasonable, such as a complete disregard of the law so the decision constitutes an abuse of authority amounting to a flagrant injustice. But the Tribunal's findings herein could not be said to be patently unreasonable, irrational or to result in a flagrant denial of justice. The Court could not conclude that any aspect of the Tribunal's decision conflicted with Canadian public policy.

1139 dépassait les termes du compromis ou de la clause compromissoire. L'intervenant, le Mexique, a soutenu que le tribunal a dépassé les termes du compromis ou de la clause compromissoire en appliquant les obligations du chapitre 11 au «commerce transfrontières de services» (régé par le chapitre 12), car le chapitre 12 excédait la portée de l'arbitrage.

Le paragraphe 21(3) du *Règlement d'arbitrage de la CNUDCI* prévoit que l'exception d'incompétence doit être soulevée au plus tard lors du dépôt de la réponse. Le paragraphe 21(4) prescrit, «d'une façon générale» que le tribunal doit statuer sur l'exception d'incompétence en traitant comme une question préalable, même s'il peut poursuivre l'arbitrage et statuer sur la compétence dans la sentence finale. SDMI a soutenu que, puisque le Canada n'avait pas préalablement soulevé l'exception d'incompétence, il ne pouvait maintenant demander un contrôle judiciaire sur ce fondement. Le Canada a dit avoir attaqué la compétence du tribunal au paragraphe 4 de sa réponse en niant certains faits allégués dans la requête, mais l'article 21 exige que l'exception d'incompétence soit soulevée clairement et le paragraphe 4 n'a pas satisfait à cette exigence. Le Canada n'a pas demandé au tribunal de statuer sur l'exception d'incompétence comme question préalable et s'est engagé dans un arbitrage qui s'est révélé long et onéreux. La réponse était ambiguë à l'égard de la compétence. Le tribunal s'était demandé si SDMI était un «investisseur» et s'il existait un «investissement», considérant cette question comme un point mixte de fait et de droit, et non comme un point de compétence. Conclure que le Canada a correctement fait valoir l'exception d'incompétence reviendrait à porter atteinte aux procédures claires et expresses incorporées à l'ALÉNA pour le règlement des différends. La règle de l'ALÉNA qui prescrit de soulever la question de compétence pouvait être comparée au paragraphe 57(1) de la *Loi sur les Cours fédérales* prévoyant qu'une question constitutionnelle ne peut être soulevée sans qu'un avis n'ait été signifié. La Cour suprême du Canada a conclu que le défaut de signifier un avis interdit à une partie d'attaquer par la suite la constitutionnalité d'une loi.

Le sous-alinéa 34(2)(b)(ii) du Code, qui prévoit qu'une sentence arbitrale peut être annulée après avoir fait l'objet d'un contrôle judiciaire si «elle est contraire à l'ordre public du Canada», ne s'entend pas de la position politique ou de la position internationale du Canada, mais des «notions et principes fondamentaux de la justice». Entre notamment dans ces principes le fait que le tribunal n'excède pas sa compétence et que l'excès de compétence puisse être une décision manifestement raisonnable, comme le mépris total de la loi, de sorte qu'elle constitue un abus de pouvoir équivalant à une injustice flagrante. Les conclusions du tribunal en l'espèce ne pouvaient cependant pas être considérées comme étant manifestement déraisonnables, clairement irrationnelles, ou comme se traduisant par une injustice flagrante. La Cour a

In the event that this Court might be found to have erred in concluding that Canada was now barred from raising a jurisdictional challenge, now having pleaded such before the Tribunal, the issues argued by Canada and Mexico were considered. According to Federal Court case law, the arbitral award regarding the meaning of “investor” and “investment of an investor” in NAFTA are to be reviewed on the standard of correctness while the application of the facts to the definitions should be reviewed according to the reasonableness standard. Those same standards applied to the question whether Chapter 11 applies to cross-border trade in services under Chapter 12.

Applicant’s argument was that SDMI had no right to bring this claim since it did not own the shares of Myers Canada. But the language of Article 1139 is broad: “investment of an investor of a Party” means that the investment is either owned by the investor or “controlled directly or indirectly” by the investor. According to the Vienna Convention, words in a treaty such as NAFTA are to be accorded their ordinary meaning and “control” is defined in *The Canadian Oxford Dictionary* as: “The power of directing, command (under the control of)”. Whether SDMI indirectly controlled Myers Canada is a question of fact. The evidence was that the Myers family operates its business in the U.S.A. and foreign countries through SDMI. That corporation, through its President, Dana Myers, had the power of directing Myers Canada. The Tribunal’s finding, that SDMI was, for Chapter 11 purposes, an “investor” and Myers Canada an “investment”, was permitted by the language of NAFTA and not *ex aequo et bono*, as submitted by applicant. The Tribunal did not exercise any equitable or chancery court power but merely interpreted and applied the Article 1139 definition to the facts. The *Canada Business Corporations Act*, to which reference was made by the Attorney General, was not relevant to the question whether, as a matter of fact, SDMI directly or indirectly controlled Myers Canada. The position advanced by Canada’s Attorney General was narrow, legalistic and contrary to NAFTA objectives.

As to the argument that the business at issue is the cross-border trade in services and therefore is governed by Chapter 12, NAFTA rights are cumulative unless in direct conflict. Since SDMI did have an investment in Canada with respect to waste remediation services, it was entitled to Chapter 11 protection of its investment in addition to the rights given

conclu qu’aucun aspect des décisions du tribunal n’était contraire à l’ordre public du Canada.

Dans l’hypothèse où l’on pourrait conclure que la Cour a commis une erreur en concluant que le Canada ne pouvait maintenant soulever l’exception d’incompétence, ne l’ayant pas fait auparavant devant le tribunal, les questions débattues par le Canada et le Mexique ont été examinées. Selon la jurisprudence de la Cour fédérale, les sentences arbitrales portant sur le sens des termes «investisseur» et «investissement effectué par un investisseur» dans l’ALÉNA doivent être examinées en utilisant la norme de la décision correcte, alors qu’il faut appliquer la norme de la décision raisonnable en ce qui concerne l’application des définitions aux faits. Ces mêmes normes ont été appliquées pour décider si le chapitre 11 s’applique au commerce transfrontières des services visé au chapitre 12.

Le demandeur a soutenu que SDMI n’avait pas le droit de présenter cette requête parce qu’elle n’était pas propriétaire des actions de Myers Canada. Cependant, les termes de l’article 1139 sont larges: l’«investissement effectué par un investisseur d’une Partie» signifie que l’investissement est soit possédé par l’investisseur, soit «contrôlé, directement ou indirectement, par l’investisseur». La Convention de Vienne prévoit que les termes d’un traité comme l’ALÉNA doivent s’interpréter dans leur sens ordinaire et *The Canadian Oxford Dictionary* définit ainsi le terme «control» (contrôle): [TRADUCTION] «Le pouvoir de diriger, de commander (sous le contrôle de)». Le fait de savoir si SDMI contrôlait indirectement Myers Canada est une question de fait. La preuve a démontré que la famille Myers exploite son entreprise aux États-Unis et dans des pays étrangers par l’intermédiaire de SDMI. Cette société, par son président, M. Dana Myers, avait le pouvoir de diriger Myers Canada. Les termes de l’ALÉNA autorisent la conclusion du tribunal portant que SDMI était un «investisseur» pour l’application du chapitre 11 et que Myers Canada était un «investissement», et cette conclusion n’était pas *ex aequo et bono*, comme l’a prétendu le demandeur. Le tribunal n’a exercé aucun pouvoir de juger en *equity* ou pouvoir de la cour de chancellerie, mais il a simplement interprété la définition de l’article 1139 et l’a appliquée aux faits. Les renvois à la *Loi canadienne sur les sociétés par actions*, sur lesquels s’est appuyé le procureur général, n’étaient pas pertinents pour décider si SDMI, dans les faits, contrôlait directement ou indirectement Myers Canada. La position du Canada était étroite, légaliste et contraire aux objectifs de l’ALÉNA.

Quant à l’argument selon lequel les activités en cause sont du commerce transfrontières de services et sont donc régies par le chapitre 12, les droits conférés par l’ALÉNA sont cumulatifs, à moins qu’ils soient directement contradictoires. Comme SDMI avait effectivement un investissement au Canada pour des services de décontamination de déchets, elle

by Chapter 12, which are not inconsistent with Chapter 11 rights and obligations.

Regarding Canada's obligations under Article 1102 (National Treatment), the question whether Myers Canada and Canadian operators were in "like circumstances" was one of mixed fact and law. The comparison of "in like circumstances" is a flexible benchmark which, like an accordion, can be expanded or contracted to suit the facts of each case. Here, it was reasonably open to the Tribunal to have employed a broad comparator.

Even had this Court jurisdiction to review the Tribunal's finding regarding Article 1105, such review would have been unnecessary in view of its decision on Article 1102. The Tribunal's conclusion regarding the Article 1105 breach was redundant, since the damages are the same. It was accordingly unnecessary that the Court express its opinion as to the Tribunal's interpretation and application of Article 1105 herein.

STATUTES AND REGULATIONS JUDICIALLY CONSIDERED

- Canada Business Corporations Act*, R.S.C., 1985, c. C-44.
Commercial Arbitration Act, R.S.C., 1985 (2nd Supp.), c. 17, ss. 2 "Code", 5(1),(3),(4) (as am. by S.C. 1997, c. 14, s. 32), 6.
Commercial Arbitration Code, being Schedule to the *Commercial Arbitration Act*, R.S.C., 1985 (2nd Supp.), c. 17, arts. 1, 5, 6, 34.
Criminal Code, R.S.C., 1985, c. C-46.
Federal Courts Act, R.S.C., 1985, c. F-7, ss. 1 (as am. by S.C. 2002, c. 8, s. 14), 57 (as am. by S.C. 1990, c. 8, s. 19; 2002, c. 8, s. 54).
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, Arts. 2.01, 102, 201 "enterprise", 1102, 1105, 1106, 1110, 1114, 1115, 1116, 1136, 1139 "enterprise", "enterprise of a party", "investment", "investment of an investor of a Party", "investor of a Party", 1201 "enterprise", 1213.
UNCITRAL Arbitration Rules, UN GAOR, December 15, 1976, Art. 21.
UNCITRAL Model Law on International Commercial Arbitration, UN Doc. A/40/17, Annex 1, adopted by UNCITRAL June 21, 1985.
Vienna Convention on the Law of Treaties, May 23, 1969, [1980] Can. T.S. No. 37, Art. 31.

avait droit à la protection qu'accorde le chapitre 11 à son investissement, ainsi qu'aux droits conférés par le chapitre 12, lesquels ne sont pas incompatibles avec les droits et les obligations du chapitre 11.

S'agissant des obligations du Canada en vertu de l'article 1102 (traitement national), la question de savoir si Myers Canada et les exploitants canadiens se trouvaient «dans des circonstances analogues» était une question mixte de fait et de droit. La comparaison faite «dans des circonstances analogues» est un critère souple qui peut s'élargir ou se refermer comme un accordéon pour coller aux faits particuliers de l'espèce. Dans la présente affaire, le tribunal pouvait raisonnablement utiliser un comparateur large.

La Cour eût-elle eu compétence pour exercer un contrôle judiciaire sur la conclusion du tribunal au sujet de l'article 1105 que ce contrôle aurait été inutile en raison de sa décision au sujet de l'article 1102. La conclusion du tribunal au sujet du manquement à l'article 1105 était redondante, puisque le préjudice est le même. Il n'était donc pas nécessaire que la Cour se prononce sur l'interprétation et l'application de l'article 1105 par le tribunal en l'espèce.

LOIS ET RÈGLEMENTS

- 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, art. 2.01, 102, 201, 1102, 1105, 1106, 1110, 1114, 1115, 1116, 1136, 1139 «entreprise», «entreprise d'une Partie», «investissement», «investissement effectué par un investisseur d'une Partie», «investisseur d'une Partie», 1201 «entreprise», 1213.
Code d'arbitrage commercial, qui constitue l'annexe de la *Loi sur l'arbitrage commercial*, L.R.C. (1985) (2° suppl.), ch. 17, art. 1, 5, 6, 34.
Code criminel, L.R.C., (1985), ch. C-46.
Convention de Vienne sur le droit des traités, 23 mai 1969, [1980] R.T. Can. n° 37, art. 31.
Loi canadienne sur les sociétés par actions, L.R.C. (1985), ch. C-44 (mod. par L.C. 1994, ch. 24, art. 1).
Loi sur l'arbitrage commercial, L.R.C. (1985) (2° suppl.), ch. 17, art. 2 «Code», 5(1),(3),(4) (mod. par L.C. 1997, ch. 14, art. 32), 6.
Loi sur les Cours fédérales, L.R.C. (1985), ch. F-7, art. 1 (mod. par L.C. 2002, ch. 8, art. 14), 57 (mod. par L.C. 1990, ch. 8, art. 19; 2002, ch. 8, art. 54).
Loi type de la CNUDCI sur l'arbitrage commercial international, Doc. NU A/40/17, annexe 1, adopté par la CNUDCI le 21 juin 1985.

Règlement d'arbitrage de la CNUDCI, Doc. off. AG NU, 15 décembre 1976, art. 21.

CASES JUDICIALLY CONSIDERED

FOLLOWED:

Dynamex Canada Inc. v. Mamona (2003), 228 D.L.R. (4th) 463; 26 C.C.E.L. (3d) 35; 305 N.R. 295 (F.C.A.).

APPLIED:

Mexico v. Metalclad Corp. (2001), 89 B.C.L.R. (3d) 359; 219 Nfld. & P.E.I.R. 7; 14 B.L.R. (3d) 285; 38 C.E.L.R. (N.S.) 284 (S.C.); *Mexico v. Karpa*, [2003] O.J. No. 5070 (Sup. Ct.) (QL); *Desputeaux v. Éditions Chouette (1987) inc.*, [2003] 1 S.C.R. 178; (2003), 223 D.L.R. (4th) 407; 23 C.P.R. (4th) 417; 301 N.R. 220; *R. v. Owen*, [2003] 1 S.C.R. 779; (2003), 225 D.L.R. (4th) 427; 174 C.C.C. (3d) 1; 11 C.R. (6th) 226; 173 O.A.C. 285.

REFERRED TO:

Quintette Coal Ltd. v. Nippon Steel Corp., [1991] 1 W.W.R. 219; (1990), 50 B.C.L.R. (2d) 207 (B.C.C.A.); *Corporacion Transnacional de Inversiones, S.A. de C.V. v. STET International, S.p.A.* (1999), 45 O.R. (3d) 183; 104 O.T.C. 1 (Ont. Sup. Ct.); affd (2000), 49 O.R. (3d) 414; 136 O.A.C. 113 (C.A.); *Ethyl Corporation and the Government of Canada*, Award on Jurisdiction, June 24, 1998, 38 ILM 708 (1999); *McIntosh v. Canada (Secretary of State)* (1994), 168 N.R. 75 (F.C.A.); *Cooper v. Canada (Human Rights Commission)*, [1996] 3 S.C.R. 854; (1996); 140 D.L.R. (4th) 193; 43 Admin. L.R. (2d) 155; 26 C.C.E.L. (2d) 1; 40 C.R.R. (2d) 81; 204 N.R. 1; *Nelson v. Canada*, [2000] 4 C.T.C. 252; 2000 DTC 6556; 261 N.R. 89 (F.C.A.); *Stone v. Canada*, [2003] 4 C.T.C. 110; 2003 DTC 5493 (F.C.A.); *Navigation Sonamar Inc. v. Algoma Steamships Ltd.*, [1987] R.J.Q. 1346 (Sup. Ct.).

AUTHORS CITED

Canadian Oxford Dictionary, Toronto: Oxford University Press, 2001, "control".
 Redfern, Alan & Martin Hunter. *Law and Practice of International Commercial Arbitration*, 3rd ed. London: Sweet & Maxwell, 1999.
Report of the United Nations Commission on International Trade Law on the work of its eighteenth session — 3-21 June 1985. UN GAOR, 40th Sess., Supp. No. 17, UN Doc. A/40/17 (1985).
Report of the Secretary General to the eighteenth session

JURISPRUDENCE

DÉCISION SUIVIE:

Dynamex Canada Inc. c. Mamona (2003), 228 D.L.R. (4th) 463; 26 C.C.E.L. (3d) 35; 305 N.R. 295 (C.A.F.).

DÉCISIONS APPLIQUÉES:

Mexico v. Metalclad Corp. (2001), 89 B.C.L.R. (3d) 359; 219 Nfld. & P.E.I.R. 7; 14 B.L.R. (3d) 285; 38 C.E.L.R. (N.S.) 284 (C.S.); *Mexico v. Karpa*, [2003] O.J. n° 5070 (C.S.) (QL); *Desputeaux c. Éditions Chouette (1987) inc.*, [2003] 1 R.C.S. 178; (2003), 223 D.L.R. (4th) 407; 23 C.P.R. (4th) 417; 301 N.R. 220; *R. c. Owen*, [2003] 1 R.C.S. 779; (2003), 225 D.L.R. (4th) 427; 174 C.C.C. (3d) 1; 11 C.R. (6th) 226; 173 O.A.C. 285.

DÉCISIONS CITÉES:

Quintette Coal Ltd. v. Nippon Steel Corp., [1991] 1 W.W.R. 219; (1990), 50 B.C.L.R. (2d) 207 (C.A. C.-B.); *Corporacion Transnacional de Inversiones, S.A. de C.V. v. STET International, S.p.A.* (1999), 45 O.R. (3d) 183; 104 O.T.C. 1 (C. S. Ont.); conf. par (2000), 49 O.R. (3d) 414; 136 O.A.C. 113 (C.A.); *Ethyl Corporation and the Government of Canada*, décision relative à la compétence, 24 juin 1998, 38 ILM 708 (1999); *McIntosh c. Canada (Secrétaire d'État)* (1994), 168 N.R. 75 (C.A.F.); *Cooper c. Canada (Commission des droits de la personne)*, [1996] 3 R.C.S. 854; (1996); 140 D.L.R. (4th) 193; 43 Admin. L.R. (2d) 155; 26 C.C.E.L. (2d) 1; 40 C.R.R. (2d) 81; 204 N.R. 1; *Nelson c. Canada*, [2000] 4 C.T.C. 252; 2000 DTC 6556; 261 N.R. 89 (C.A.F.); *Stone c. Canada*, [2003] 4 C.T.C. 110; 2003 DTC 5493 (C.A.F.); *Navigation Sonamar Inc. c. Algoma Steamships Ltd.*, [1987] R.J.Q. 1346 (C.S.).

DOCTRINE

Canadian Oxford Dictionary, Toronto: Oxford University Press, 2001, «control».
Rapport de la Commission des Nations Unies pour le droit commercial international sur les travaux de la dix-huitième session — 3-21 juin 1985. Doc. off. AGNU, 40^e sess., suppl. n° 17, Doc. NU A/40/17 (1985).
Rapport du Secrétaire général à la dix-huitième session de la Commission des Nations Unies pour le droit commercial international—«Commentaire analytique

of the United Nations Commission on International Trade Law. "Analytical Commentary on the Draft Text of the Model Law on International Commercial Arbitration". Vienna, 3-21 June 1985. UN Doc. A/CN.9/264 (1985).

APPLICATION under *Commercial Arbitration Code*, article 34 to set aside certain decisions of an Arbitral Tribunal established pursuant to the *North American Free Trade Agreement*. Application dismissed.

APPEARANCES:

Brian R. Evernden and Sylvie Tabet for applicant.

John B. Laskin, John A. Terry, Barry W. Appleton and Robert Wisner for respondent.

J. Christopher Thomas, Q.C. and J. Cameron Mowatt for intervener.

SOLICITORS OF RECORD:

Deputy Attorney General of Canada for applicant.

Torys LLP, Toronto and Appleton & Associates, Toronto, for respondent.

Thomas & Partners, Vancouver, for intervener.

The following are the reasons for order rendered in English by

[1] KELENJ.: This is an application pursuant article 34 of the *Commercial Arbitration Code*, a schedule to the *Commercial Arbitration Act*, R.S.C., 1985 (2nd Supp.), c. 17, to set aside decisions dated November 13, 2000 (liability award), October 21, 2002 (damages award) and December 30, 2003 (costs award) made by an Arbitral Tribunal established pursuant to the *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] (NAFTA).

du projet de texte d'une Loi type sur l'arbitrage commercial international». Vienne, 3-21 juin 1985. Doc. NU A/CN.9/264 (1985).

Redfern, Alan & Martin Hunter. *Law and Practice of International Commercial Arbitration*, 3rd ed. London: Sweet & Maxwell, 1999.

DEMANDE présentée en vertu de l'article 34 du *Code d'arbitrage commercial* en vue d'obtenir l'annulation de certaines décisions rendues par un tribunal arbitral constitué en vertu de l'*Accord de libre-échange nord-américain* (ALÉNA). Demande rejetée.

ONT COMPARU:

Brian R. Evernden et Sylvie Tabet pour le demandeur.

John B. Laskin, John A. Terry, Barry W. Appleton et Robert Wisner pour la défenderesse.

J. Christopher Thomas, c.r. et J. Cameron Mowatt pour l'intervenant.

AVOCATS INSCRITS AU DOSSIER:

Le sous-procureur général du Canada pour le demandeur.

Torys LLP, Toronto, et Appleton & Associates, Toronto, pour la défenderesse.

Thomas & Partners, Vancouver, pour l'intervenant.

Ce qui suit est la version française des motifs de l'ordonnance rendus par

[1] LE JUGE KELEN: Il s'agit d'une demande présentée en vertu de l'article 34 du *Code d'arbitrage commercial*, annexe de la *Loi sur l'arbitrage commercial*, L.R.C. (1985) (2^e suppl.), ch. 17 en vue d'obtenir l'annulation des décisions datées du 13 novembre 2000 (sentence sur la responsabilité), du 21 octobre 2002 (sentence sur les dommages-intérêts) et du 30 décembre 2003 (sentence sur les frais) rendues par un tribunal arbitral constitué en vertu 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^o 2] (ALÉNA).

BACKGROUND

[2] This application is the first to come before the Federal Court with respect to an arbitration award issued under Chapter 11 of the NAFTA.

[3] The applicant seeks judicial review of the NAFTA arbitration awards, which arose from a determination that Canada was in breach of Articles 1102 and 1105 of the NAFTA, when it imposed a ban on exports of PCB wastes from Canada for treatment in the United States, implemented through an interim and a final order in council issued in November 1995 and February 1996 respectively. The Tribunal awarded the respondent \$6,050,000 plus interest in compensation for damages, \$500,000 for legal costs and \$350,000 for arbitral costs.

S.D. Myers Inc.

[4] The respondent, S.D. Myers Inc. (SDMI), is a privately held Ohio corporation headquartered in Tallmadge, Ohio. It is owned by Mr. Dana Myers (who holds 51% of the share capital and is its chief executive officer), and his three brothers. SDMI is in the business of treating or remediating toxic wastes contaminated with polychlorinated biphenyls (hereinafter referred to as PCBs).

[5] SDMI assesses the level of PCB contamination in transformers and other equipment, transports and dismantles the equipment, removes and contains the PCBs in drums or tanks, and destroys or arranges for the destruction of the PCBs.

Myers Canada Inc.

[6] S.D. Myers (Canada) Inc. (Myers Canada) is a privately held Canadian company incorporated in 1993 and owned by the four Myers brothers in equal shareholdings. SDMI, while not owning any shares, advanced hundreds of thousands of dollars to Myers Canada and provided Myers Canada with technical and other support personnel. The CEO of SDMI made all decisions regarding the business of Myers Canada.

[7] Myers Canada offered waste remediation services to Canadian customers. Myers Canada would drain PCBs

LE CONTEXTE

[2] C'est la première fois que la Cour fédérale est saisie d'une demande d'annulation d'une sentence arbitrale rendue en vertu du chapitre 11 de l'ALÉNA.

[3] Le demandeur sollicite le contrôle judiciaire de sentences arbitrales rendues en vertu de l'ALÉNA, portant que le demandeur contrevenait aux articles 1102 et 1105 de l'ALÉNA en imposant une interdiction sur les exportations de déchets contenant des BPC du Canada pour leur traitement aux États-Unis, mise en œuvre par la voie d'un arrêté d'urgence et d'un arrêté final publiés en novembre 1995 et février 1996 respectivement. Le tribunal a accordé à la défenderesse 6 050 000 \$ de dommages-intérêts plus les intérêts, 500 000 \$ pour les frais d'avocats et 350 000 \$ pour les frais d'arbitrage.

S.D. Myers Inc.

[4] La défenderesse, S.D. Myers Inc. (SDMI), est une société fermée de l'Ohio qui a son siège à Tallmadge, en Ohio. SDMI est la propriété de M. Dana Myers (chef de la direction détenant 51 % du capital-actions) et de ses trois frères. SDMI effectue le traitement ou la décontamination des déchets toxiques contaminés aux biphényles polychlorés (BPC).

[5] SDMI évalue le niveau de contamination aux BPC des transformateurs et autres équipements, transporte et démantèle les équipements, en retire les BPC pour les placer dans des barils ou réservoirs, et détruit ou fait détruire les BPC.

Myers Canada Inc.

[6] S.D. Myers (Canada) Inc. (Myers Canada) est une société fermée canadienne constituée en 1993 et dont les actions sont la propriété à part égale des quatre frères Myers. SDMI ne détient pas d'actions dans Myers Canada, mais lui a avancé des centaines de milliers de dollars et lui a fourni du personnel technique et du personnel de soutien. Le chef de la direction de SDMI prend toutes les décisions relatives aux affaires de Myers Canada.

[7] Myers Canada offre des services de décontamination de déchets à des clients canadiens.

from equipment in Canada, and then transport the equipment and PCBs to SDMI in Ohio for further decontamination of the equipment, and for the destruction of the PCBs.

The export ban of PCBs

[8] On or about November 15, 1995 the United States Environmental Protection Agency (EPA) issued an “enforcement discretion” permitting the respondent to import PCBs upon certain conditions. Anticipating this development, two Canadian operators of hazardous waste facilities met with the Environment Minister at her office to advise that this anticipated U.S. action would threaten the economic viability of their own operations.

[9] On November 16, 1995, Canada banned exports to the United States of PCB wastes and the ban remained in force for 14 months until Canada replaced existing regulations controlling PCB exports and reopened the border. Shortly after reopening the border SDMI submitted an arbitration claim under Chapter 11 of NAFTA asserting that Myers Canada constituted its “investment” in Canada and that the Canadian PCB ban violated its entitlements under NAFTA to national treatment (Article 1102) and minimum standard of treatment (Article 1105). SDMI also alleged that the ban was contrary to the provisions on performance requirements (Article 1106) and expropriation (Article 1110), all of which resulted in harm to SDMI and its “investment”, Myers Canada, in form of financial loss.

[10] The Tribunal found at paragraph 162 that the ban on the export of PCBs was “to protect and promote the market share of enterprises that would carry out the destruction of PCBs in Canada and that were owned by Canadian nationals”. The Tribunal also found in the same paragraph that:

Myers Canada retire les BPC de l'équipement au Canada, puis transporte cet équipement et les BPC en Ohio pour les remettre à SDMI, qui procède à une nouvelle décontamination de l'équipement et à la destruction des BPC.

L'interdiction des exportations de BPC

[8] Le 15 novembre 1995 ou vers cette date, l'Environmental Protection Agency (EPA) des États-Unis a avisé la défenderesse qu'elle lui accorderait une «permission discrétionnaire» l'autorisant à importer des BPC à certaines conditions. Anticipant l'évolution de la situation, deux exploitants canadiens d'établissements de traitement de déchets dangereux ont rencontré le ministre de l'Environnement à son bureau pour l'informer que cette mesure éventuelle des États-Unis menacerait la viabilité économique de leurs propres activités.

[9] Le 16 novembre 1995, le Canada a interdit les exportations vers les États-Unis de déchets contenant des BPC. L'interdiction a été maintenue 14 mois jusqu'à ce que le Canada adopte un nouveau règlement sur le contrôle des exportations de BPC et rouvre sa frontière. Peu après la réouverture de la frontière, SDMI a soumis une plainte à l'arbitrage en vertu du chapitre 11 de l'ALÉNA, affirmant que Myers Canada constituait son «investissement» au Canada et que l'interdiction des exportations des BPC portait atteinte aux droits que lui accordait l'ALÉNA au titre du traitement national (article 1102) et de la norme minimale de traitement (article 1105). SDMI a également allégué que l'interdiction allait à l'encontre des dispositions en matière de prescriptions de résultats (article 1106) et d'expropriation (article 1110), ce qui avait pour effet au total de causer un préjudice à SDMI et à son «investissement», en l'occurrence Myers Canada, sous forme de perte financière.

[10] Le tribunal a conclu au paragraphe 162 que l'interdiction des exportations de BPC visait [TRADUCTION] «à protéger et à promouvoir la part de marché des entreprises qui effectueraient la destruction des BPC au Canada et qui étaient la propriété de ressortissants canadiens». Le tribunal a également conclu au même paragraphe:

. . . the protectionist intent of the lead Minister in this matter was reflected in decision-making at every stage that led to the ban. Had that intent been absent, policy makers might have reached a conclusion in November 1995 that would have been consistent with the conclusion reached by Canada when the ban was lifted in February 1997. Canada's view in 1997 was that the opening of the U.S. border should be welcomed in the interests of expediting the elimination of PCBs from the environment, provided that any risks associated with exporting PCB waste to the U.S. was minimized through proper regulations and safeguards.

[11] It is noteworthy that the ban was directed against the respondent since it was the only company that was granted permission from the EPA to import PCBs.

[12] The Department of Environment officials had advised the Minister that closing the border from the Canadian side if the U.S. EPA opened it up from the U.S. side would raise NAFTA concerns. These NAFTA concerns were disregarded by the Minister.

[13] In paragraph 176 the Tribunal referred to evidence from Department of Environment officials that banning PCB exports "is not a viable option because it cannot be demonstrated that closing the border is required to deal with a significant danger to the environment or to human health".

[14] After the Tribunal reviewed the evidence in detail, it concluded in paragraph 195:

The Tribunal finds that there was no legitimate environmental reason for introducing the ban.

The arbitration proceedings

[15] On July 28, 1998 SDMI delivered a notice of intent to submit a claim to arbitration under NAFTA Chapter 11. Three months later, it delivered its notice of arbitration and statement of claim alleging that the Canadian ban on exports of PCBs breached NAFTA,

[TRADUCTION] [. . .] l'intention protectionniste du ministre responsable s'est manifestée à toutes les étapes de la prise de décision qui a mené à l'interdiction. N'eût été de cette intention, les responsables de l'élaboration des politiques auraient peut-être, dès novembre 1995, conclu ce que le Canada allait conclure au moment de la levée de l'interdiction en février 1997. En 1997, le Canada a estimé que l'ouverture des frontières avec les États-Unis devait être accueillie favorablement dans l'intérêt d'accélérer l'élimination des BPC de l'environnement, sous réserve que les risques associés au transport des déchets contenant des BPC aux États-Unis soient minimisés par des règlements et des mesures de sécurité adéquats.

[11] Il faut souligner que l'interdiction était dirigée contre la défenderesse car elle était la seule société qui avait reçu l'autorisation de l'EPA d'importer des BPC.

[12] Les fonctionnaires du ministère de l'Environnement avaient prévenu le ministre que la fermeture des frontières du côté canadien alors que l'EPA des États-Unis les aurait ouvertes du côté américain soulèverait des difficultés en regard de l'ALÉNA. Le ministre n'a pas tenu compte de ces préoccupations touchant l'ALÉNA.

[13] Au paragraphe 176, le tribunal a fait référence au témoignage de fonctionnaires du ministère de l'Environnement, portant que l'interdiction des exportations de BPC [TRADUCTION] «n'est pas une option viable parce qu'on ne peut affirmer que la fermeture des frontières est nécessaire pour faire face à un danger grave pour l'environnement ou pour la santé humaine».

[14] Après l'examen détaillé de la preuve, le tribunal a conclu au paragraphe 195:

[TRADUCTION] Le tribunal conclut qu'il n'y avait aucune raison légitime d'ordre environnemental justifiant l'interdiction.

La procédure d'arbitrage

[15] Le 28 juillet 1998, SDMI a communiqué sa notification de l'intention de soumettre une plainte à l'arbitrage en vertu du chapitre 11 de l'ALÉNA. Trois mois plus tard, elle a communiqué sa notification d'arbitrage et sa requête, affirmant que l'interdiction du

Articles 1102, 1105 and two other Articles which were not upheld by the Tribunal.

Composition of the Arbitral Tribunal

[16] The Tribunal was constituted in accordance with the *UNCITRAL Arbitration Rules* [UN GAOR, December 15, 1976]. Each party selected one member of the Tribunal and the two parties jointly selected the chair. SDMI selected Professor Bryan P. Schwartz of the University of Manitoba, Faculty of Law. Canada selected Mr. Edward C. Chiasson, QC, of Borden, Ladner, Gervais, LLP of Vancouver. Both parties selected Professor Martin J. Hunter, QC of London, England as the Chair. All three members are knowledgeable, experienced and distinguished in international law, international trade law and international arbitration. In fact, the Chair is the co-author of a leading textbook with respect to international commercial arbitration. Canada's nominee, Mr. Chiasson has been the Chair of two other NAFTA panels, and chaired a panel under the Canada-U.S. Free Trade Agreement. Professor Schwartz is a highly respected Canadian authority on international law and NAFTA. Accordingly, the arbitration mechanism in Chapter 11 ensured that the parties had confidence in the persons who will be adjudicating the claim.

[17] The three Tribunal awards or decisions under review were unanimous with respect to the liability of Canada, the quantum of damages and the costs.

The Tribunal's Decision

[18] Based on the evidence the Tribunal found that the interim and final orders favoured Canadian nationals over non-nationals, and that the effect of the orders was to prevent SDMI and its investment from carrying out the Canadian business that they planned to undertake. It further found that "there was no legitimate environmental reason for introducing the ban." In particular the

Canada sur les exportations de BPC enfreignait les articles 1102 et 1105 de l'ALÉNA ainsi que deux autres articles qui n'ont pas été retenus par le tribunal.

Composition du tribunal arbitral

[16] Le tribunal a été constitué en vertu du *Règlement d'arbitrage de la CNUDCI* [Doc. off. AG NU, 15 décembre 1976]. Chaque partie a choisi un arbitre du tribunal et les deux parties ont choisi ensemble l'arbitre-président du tribunal. SDMI a choisi le professeur Bryan P. Schwartz, de la Faculté de droit de l'Université du Manitoba. Le Canada a choisi M. Edward C. Chiasson, c.r., du cabinet Borden, Ladner, Gervais, s.r.l. de Vancouver. Les deux parties ont choisi comme arbitre-président le professeur Martin J. Hunter, c.r., de Londres, en Angleterre. Ces trois arbitres sont des personnes qui possèdent des connaissances, de l'expérience et une réputation en droit international, en droit du commerce international et en arbitrage international. L'arbitre-président est notamment le co-auteur d'un manuel qui fait autorité dans le domaine de l'arbitrage commercial international. Le candidat du Canada, M. Chiasson, a présidé deux autres groupes spéciaux de l'ALÉNA et un groupe spécial constitué en vertu de l'Accord de libre-échange Canada-États-Unis. Le professeur Schwartz est une autorité canadienne hautement respectée en matière de droit international et en ce qui concerne l'ALÉNA. Le mécanisme d'arbitrage prévu au chapitre 11 assurait donc que les personnes qui allaient trancher la requête avaient la confiance des parties.

[17] Les trois sentences arbitrales qui font l'objet du présent contrôle judiciaire ont été rendues à l'unanimité eu égard à la responsabilité du Canada, au montant des dommages-intérêts et aux frais.

La décision du tribunal

[18] En se fondant sur la preuve produite, le tribunal a conclu que les arrêtés d'urgence et final favorisaient les ressortissants canadiens aux dépens des étrangers et avaient pour effet d'empêcher SDMI et son investissement d'exploiter l'entreprise canadienne qu'ils avaient envisagée. Le tribunal a aussi conclu [TRADUCTION] «qu'il n'y avait aucune raison légitime

Tribunal found the following:

- (1) that Myers Canada operated as a branch of SDMI;
- (2) SDMI established Myers Canada as a means of furthering its business in Canada;
- (3) Dana Myers exercised control over Myers Canada in his capacity as President and CEO of SDMI;
- (4) The president of Myers Canada reported to Dana Myers;
- (5) SDMI committed to provide full financial and technical support to Myers Canada;
- (6) SDMI made loans to Myers Canada;
- (7) Myers Canada paid SDMI for certain services; and
- (8) SDMI had an expectation that it would share in any income or profit from Myers Canada's operations.

[19] The Tribunal decided that Canada had breached its NAFTA obligations, and was liable to compensate SDMI (First Partial Award). The Tribunal's "Second Partial Award" dated October 21, 2002 ordered that Canada pay SDMI compensation for the loss or damage suffered as a result of Canada's breaches of its obligations under Chapter 11 of NAFTA in the amount of \$6,050,000 plus interest.

[20] The Tribunal's "Final Award" dated December 30, 2003 ordered that Canada pay SDMI \$350,000 in respect of the arbitration costs it incurred and \$500,000 in respect of its legal costs.

THE RELEVANT LEGISLATION, TREATY PROVISIONS AND ARBITRAL RULES

[21] This application for judicial review is pursuant to article 34 of the *Commercial Arbitration Code*, the *UNCITRAL Model Law on International Commercial Arbitration* adopted by the United Nations Commission

d'ordre environnemental justifiant l'interdiction.» Le tribunal a notamment tiré les conclusions suivantes:

- 1) Myers Canada exerçait son activité comme filiale de SDMI;
- 2) SDMI avait constitué Myers Canada en vue de développer l'entreprise au Canada;
- 3) Dana Myers contrôlait Myers Canada en qualité de président et chef de la direction de SDMI;
- 4) le président de Myers Canada relevait de Dana Myers;
- 5) SDMI était engagée à fournir à Myers Canada un soutien technique et financier complet;
- 6) SDMI consentait des prêts à Myers Canada;
- 7) Myers Canada payait certains services à SDMI;
- 8) SDMI s'attendait à partager une partie des recettes ou des bénéfices issus des opérations de Myers Canada.

[19] Le tribunal a décidé que le Canada avait manqué à ses obligations au titre de l'ALÉNA et qu'il était tenu de dédommager SDMI (première sentence arbitrale partielle). La «deuxième sentence arbitrale partielle», datée du 21 octobre 2002, a ordonné au Canada de verser à SDMI un dédommagement pour la perte ou le préjudice subis en raison du manquement du Canada à ses obligations au titre du chapitre 11 de l'ALÉNA, soit un montant de 6 050 000 \$ plus les intérêts.

[20] La «sentence arbitrale finale», datée du 30 décembre 2003, a ordonné au Canada de payer à SDMI la somme de 350 000 \$ pour les frais d'arbitrage qu'elle avait engagés et la somme de 500 000 \$ pour ses frais d'avocats.

LA LÉGISLATION, LES DISPOSITIONS DES TRAITÉS ET LES RÈGLES D'ARBITRAGE APPLICABLES

[21] La présente demande de contrôle judiciaire est présentée en vertu de l'article 34 du *Code d'arbitrage commercial*, fondé sur la *Loi type de la CNUDCI sur l'arbitrage commercial international*, adoptée par la

on International Trade Law on June 21, 1985, and given the force of law in Canada by the *Commercial Arbitration Act*, which expressly applies to an arbitral claim under Chapter 11 of NAFTA.

[22] Chapter 11 of NAFTA applies to measures adopted or maintained by one of the NAFTA parties (Canada, United States of America, or United States of Mexico) which relate to investors and investments of another party. NAFTA imposes legal obligations and confers legal rights which apply to Canada and SDMI in this case.

[23] NAFTA also provides an arbitration mechanism for the settlement of investment disputes. The arbitration may be submitted under different international arbitration rules, and in this case the claim to arbitration was under the *UNCITRAL Arbitration Rules* (UNCITRAL is the acronym for the United Nations Commission on International Trade Law). Accordingly, the relevant excerpts from the *UNCITRAL Arbitration Rules* are set out herein.

[24] Finally, NAFTA, an international treaty, is subject to the rules for interpreting international treaties which are set out in the Vienna Convention [*Vienna Convention on the Law of Treaties*, May 23, 1969, [1980] Can. T.S. No. 37]. Accordingly, the relevant excerpts from the following authorities are set out in Appendix A to these reasons:

1. *Commercial Arbitration Act* [R.S.C., 1985 (2nd Supp.), c. 17] and *Commercial Arbitration Code*
2. NAFTA
3. *UNCITRAL Arbitration Rules*
4. *Vienna Convention on the Law of Treaties*

THE ISSUES

[25] The issues in this application are:

Commission des Nations Unies pour le droit commercial international le 21 juin 1985 et qui a reçu force de loi au Canada par l'effet de la *Loi sur l'arbitrage commercial*, applicable expressément à la plainte soumise à l'arbitrage en vertu du chapitre 11 de l'ALÉNA.

[22] Le chapitre 11 de l'ALÉNA s'applique aux mesures adoptées ou maintenues par l'une des parties à l'ALÉNA (le Canada, les États-Unis d'Amérique ou les États-Unis du Mexique) qui s'appliquent aux investisseurs ou aux investissements d'une autre partie. L'ALÉNA impose des obligations et confère des droits qui s'appliquent en l'espèce au Canada et à SDMI.

[23] L'ALÉNA prévoit également un mécanisme d'arbitrage pour le règlement des différends en matière d'investissement. L'arbitrage peut être assujéti à des règles d'arbitrage international différentes. En l'occurrence, la plainte a été soumise à l'arbitrage en vertu du *Règlement d'arbitrage de la CNUDCI* (CNUDCI est le sigle de la Commission des Nations Unies pour le droit commercial international). Les extraits pertinents de ce Règlement sont donc reproduits plus loin.

[24] Enfin, l'ALÉNA, qui est un traité international, est soumis aux règles d'interprétation des traités internationaux exposées dans la Convention de Vienne [*Convention de Vienne sur le droit des traités*, 23 mai 1969, [1980] R.T. Can. n° 37]. Les extraits pertinents de ces textes figurent à l'Annexe A des présents motifs:

1. *Loi sur l'arbitrage commercial* [L.R.C. (1985) (2^e suppl.), ch. 17] et *Code d'arbitrage commercial*
2. ALÉNA
3. *Règlement d'arbitrage de la CNUDCI*
4. *Convention de Vienne sur le droit des traités*

LES QUESTIONS SOULEVÉES

[25] La présente demande soulève les questions suivantes.

(i) whether the arbitral awards exceeded the scope of the arbitration agreement in Part B of the NAFTA Chapter 11 by dealing with a dispute or disputes not contemplated by Chapter 11 of the NAFTA; and,

(ii) whether the awards contravene the public policy of Canada.

[26] With respect to the first issue Canada, and Mexico, which intervened in support of Canada, raise the following sub-issues:

(1) whether the Tribunal erred in concluding that for the purposes of NAFTA Chapter 11, SDMI was an “investor” and Myers Canada was its “investment”;

(2) whether the Tribunal misconstrued the obligation of National Treatment in NAFTA Article 1102 as permitting a comparison between the treatment accorded SDMI and Myers Canada with Canadian companies, and wrongly concluded that SDMI and Myers Canada were “in like circumstances” with Canadian companies for the purposes of Article 1102;

(3) whether the Tribunal erred in concluding that under international law, a breach of an obligation related to investment protection supports a finding that a State Party breached NAFTA Article 1105 and that in the circumstances of this case, a breach of Article 1102 essentially establishes a breach of Article 1105; and,

(4) whether the Tribunal exceeded the scope of the submission to arbitration by applying Chapter 11 obligations to “cross-border trade in services” which are governed by Chapter 12;

ANALYSIS

The objectives and interpretation of NAFTA

[27] The relevant objectives of NAFTA are set out in Article 102, and can be paraphrased as follows:

i) Les sentences arbitrales excèdent-elles la portée de la convention d’arbitrage prévue à la section B du chapitre 11 de l’ALÉNA du fait qu’elles porteraient sur un différend ou des différends non visés par le chapitre 11 de l’ALÉNA?

ii) Les sentences arbitrales sont-elle contraires à l’ordre public du Canada?

[26] S’agissant de la première question, le Canada ainsi que le Mexique, qui est intervenu à l’appui du Canada, ont soulevé les sous-questions suivantes:

1) Le tribunal a-t-il commis une erreur en concluant que, pour l’application du chapitre 11 de l’ALÉNA, SDMI était un «investisseur» et Myers Canada, son «investissement»?

2) Le tribunal a-t-il mal interprété l’obligation de traitement national prévue à l’article 1102 de l’ALÉNA en estimant qu’elle autorisait la comparaison entre le traitement accordé à SDMI et Myers Canada et le traitement accordé aux sociétés canadiennes et le tribunal a-t-il conclu à tort que SDMI et Myers Canada se trouvaient [TRADUCTION] «dans des circonstances analogues» à celles des sociétés canadiennes pour l’application de l’article 1102?

3) Le tribunal a-t-il commis une erreur en concluant qu’en vertu du droit international, un manquement à une obligation reliée à la protection de l’investissement permet de conclure que la Partie a manqué aux dispositions de l’article 1105 de l’ALÉNA et que, dans les circonstances de l’espèce, le manquement à l’article 1102 entraîne fondamentalement un manquement à l’article 1105?

4) Le tribunal a-t-il excédé la portée du compromis ou de la clause compromissoire en appliquant les obligations du chapitre 11 au «commerce transfrontières de services», régi par le chapitre 12?

L’ANALYSE

Les objectifs et l’interprétation de l’ALÉNA

[27] Les objectifs pertinents de l’ALÉNA, qui figurent à l’article 102, se résument comme suit:

(1) to eliminate trade barriers in the free trade zone of Canada, United States and Mexico;

(2) to promote conditions of fair competition in the free trade area;

(3) to substantially increase investment opportunities in the free trade area;

(4) and to create effective procedure for the application of NAFTA and for the resolution of disputes under NAFTA.

[28] The objectives also provide that the parties “shall interpret and apply” NAFTA in light of its objectives and in accordance with “applicable rules of international law”.

[29] Under Chapter 11, NAFTA has created an obligation on Canada to treat a U.S. company which chooses to invest and compete in Canada in a fair and non-discriminatory manner, and that the provisions of NAFTA shall be interpreted and applied in a manner which fulfills this objective.

[30] Article 1114 of NAFTA allows Canada to adopt a legitimate environmental measure without regard to Chapter 11. However, the Tribunal found that the Canadian law banning exports of PCBs was not a measure for a legitimate environmental purpose, but was for the purpose of protecting Canadian industry from U.S. competition. Therefore, Article 1114 is not in issue.

The meaning of the pertinent Chapter 11 NAFTA provisions

[31] In Article 1102 of NAFTA, Canada, the United States of America and the United States of Mexico, have agreed that each country will accord investors from the other two countries no less favourable treatment than it accords its own investor with respect “to the establishment, acquisition, expansion, management, conduct, operation, and sale or other disposition of investments”.

[32] Moreover, NAFTA provides, unlike its predecessor, the Canada-U.S. Free Trade Agreement, a

1) éliminer les obstacles au commerce dans la zone de libre-échange du Canada, des États-Unis et du Mexique;

2) favoriser la concurrence loyale dans la zone de libre-échange;

3) augmenter substantiellement les possibilités d’investissement dans la zone de libre-échange;

4) établir des procédures efficaces pour l’application de l’ALÉNA et pour le règlement des différends dans le cadre de l’ALÉNA.

[28] Les objectifs prévoient aussi que les parties «interpréteront et appliqueront» l’ALÉNA à la lumière de ses objectifs et en conformité avec «les règles applicables du droit international».

[29] Le chapitre 11 de l’ALÉNA impose au Canada l’obligation de traiter une société des États-Unis qui choisit d’investir et de participer à la concurrence au Canada de manière équitable et sans discrimination, et d’interpréter et d’appliquer les dispositions de l’ALÉNA en conformité avec cet objectif de l’Accord.

[30] L’article 1114 de l’ALÉNA autorise le Canada à adopter une mesure environnementale légitime sans égard au chapitre 11. Toutefois, le tribunal a conclu que la loi canadienne interdisant les exportations de BPC n’était pas une mesure environnementale légitime, mais visait à protéger les entreprises canadiennes de la concurrence des États-Unis. Par conséquent, l’article 1114 n’est pas pertinent.

L’interprétation des dispositions pertinentes du chapitre 11 de l’ALÉNA

[31] Selon l’article 1102 de l’ALÉNA, le Canada, les États-Unis d’Amérique et les États-Unis du Mexique ont convenu que chaque pays accordera aux investisseurs des deux autres pays un traitement non moins favorable que celui qu’il accorde 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».

[32] De plus, contrairement à l’Accord de libre-échange Canada-États-Unis qui l’a précédé,

mechanism which allows individual investors to settle disputes with respect to alleged discriminatory treatment. This creates a powerful and significant new cause of action to protect investors against state protection. It also creates an impartial, efficient and timely arbitration process to settle such disputes. This arbitration process only applies to disputes with respect to Chapter 11 claims by “investors” with respect to “investments of investors”.

Limited jurisdiction of the Federal Court for judicial review

[33] Canada and Mexico assert that the appropriate standard of review in this case is “correctness” because this international arbitration involves a State, and the State has only consented to arbitration to the extent provided in NAFTA. They state that this is a different situation from where private parties have agreed that the international arbitration will decide the whole matter in issue between the private parties.

[34] Canada submits at paragraph 87 of its memorandum:

A corner stone of the law of arbitration is the requirement that parties consent to the arbitration. That consent must comprehend not only the fact of arbitration but also the specific issues to be resolved by arbitration and may stipulate the governing law. An arbitration tribunal only has jurisdiction over those specific issues that the parties have agreed to submit and any award that goes beyond those issues exceeds the scope of the submission to arbitration.

Canada’s authority is Alan Redfern & Martin Hunter, *Law and Practice of International Commercial Arbitration*, 3rd ed. (London: Sweet & Maxwell, 1999). (The co-author, Professor Martin Hunter, a world expert on the subject, was chosen by the parties to be the Chairman of the Arbitration Tribunal in this case.)

[35] The limited extent of the Court’s jurisdiction to review is under article 34 of the *Commercial Arbitration Code*. The Canadian jurisprudence that examines the

l’ALÉNA prévoit un mécanisme permettant aux investisseurs de régler leurs différends concernant l’allégation de traitement discriminatoire. Ce mécanisme crée un recours nouveau et important qui protège les investisseurs contre le protectionnisme de l’État. Il établit aussi une procédure d’arbitrage impartiale, efficace et rapide pour régler ces différends. Cette procédure d’arbitrage ne s’applique qu’aux différends concernant les plaintes d’«investisseurs» à l’égard des «investissements effectués par les investisseurs» prévues au chapitre 11.

La compétence limitée de la Cour fédérale en matière de contrôle judiciaire

[33] Le Canada et le Mexique affirment que la norme de contrôle appropriée en l’espèce est celle de la «décision correcte» du fait que cet arbitrage international fait intervenir un État, et que l’État n’a donné son consentement à l’arbitrage que dans la mesure prévue à l’ALÉNA. Ils déclarent que la situation se distingue du cas où des parties privées ont convenu qu’un arbitrage international tranchera l’ensemble du litige entre les parties privées.

[34] Le Canada soutient au paragraphe 87 de son mémoire:

[TRADUCTION] L’une des assises du droit de l’arbitrage est le consentement des parties à l’arbitrage. Ce consentement doit porter non seulement sur l’arbitrage proprement dit, mais aussi sur les questions spécifiques à trancher par arbitrage et il peut aussi porter sur la loi applicable. Un tribunal d’arbitrage n’est compétent qu’à l’égard des questions spécifiques que les parties ont convenu de lui soumettre et toute sentence arbitrale qui excède ces questions dépasse les termes du compromis ou de la clause compromissoire.

L’ouvrage cité par le Canada est Alan Redfern & Martin Hunter, *Law and Practice of International Commercial Arbitration*, 3^e éd. (Londres: Sweet & Maxwell, 1999). (Le co-auteur de cette étude, le professeur Martin Hunter, expert mondial en la matière, a été choisi par les parties comme arbitre-président du tribunal arbitral saisi de l’affaire.)

[35] La portée limitée de la compétence de la Cour en matière de contrôle judiciaire est prévue à l’article 34 du *Code d’arbitrage commercial*. La jurisprudence

limited jurisdiction for judicial review of a NAFTA Chapter 11 arbitration tribunal is:

(i) *Mexico v. Metalclad Corp.* (2001), 89 B.C.L.R. (3d) 359 (S.C.) and,

(ii) *Mexico v. Karpa*, [2003] O.J. No. 5070 (Sup. Ct.) (QL).

[36] In *Metalclad, supra*, Tysoe J. states, at paragraph 54:

I need not decide whether it is appropriate to use the “pragmatic and functional approach” to determine the standard of review under the CAA. With respect to the International CAA, it is my view that the standard of review is set out in ss. 5 and 34 of that Act and that it would be an error for me to import into that Act an approach which has been developed as a branch of statutory interpretation in respect of domestic tribunals created by statute. It may be that some of the principles discussed by the Supreme Court of Canada in this line of authorities will be of assistance in applying ss. 5 and 34 but the “pragmatic and functional approach” cannot be used to create a standard of review not provided for in the International CAA. I note that since the “pragmatic and functional approach” was fully articulated by the Supreme Court of Canada in *Pushpanathan v. Canada*, [1998] 1 S.C.R. 982, the approach has not been utilized in Canadian cases involving international commercial arbitrations (e.g., *Corporacion Transnacional de Inversiones, S.A. de C.V. v. STET International, S.p.A.* (1999), 45 O.R. (3d) 183 (Ont. S.C.J.); affirmed (2000), 49 O.R. (3d) 414 and *D.L.T. Holdings Inc. v. Grow Biz International, Inc.* (2000), 194 Nfld. & P.E.I.R. 206 (P.E.I.S.C.T.D.)). [Emphasis added.]

[37] In *Karpa, supra*, Chilcott J. at paragraph 77 states:

In my view, a high level of deference should be accorded to the Tribunal, especially in cases where the Applicant Mexico is in reality challenging a finding of fact. The panel who has heard the evidence is best able to determine issues of credibility, reliability and onus of proof.

And at paragraph 97 he concludes:

canadienne relative à la compétence limitée du contrôle judiciaire visant la décision d’un tribunal arbitral en vertu du chapitre 11 de l’ALÉNA est la suivante:

i) *Mexico v. Metalclad Corp.* (2001), 89 B.C.L.R. (3d) 359 (C.S.)

ii) *Mexico v. Karpa*, [2003] O.J. n° 5070 (C. sup.) (QL).

[36] Dans la décision *Metalclad*, précitée, le juge Tysoe déclare au paragraphe 54:

[TRADUCTION] Je n’ai pas à décider s’il est approprié d’utiliser l’«approche pragmatique et fonctionnelle» pour établir la norme de contrôle aux termes de la LAC. S’agissant de la LAC international, j’estime que la norme de contrôle est exposée aux articles 5 et 34 de la Loi et que je commettrais une erreur en important dans cette loi une approche définie dans le cadre de l’interprétation des lois visant les tribunaux nationaux constitués par la loi. Il se peut que certains des principes examinés par la Cour suprême du Canada selon cette jurisprudence soient utiles à l’application des articles 5 et 34 mais l’«approche pragmatique et fonctionnelle» ne peut servir à créer une norme de contrôle non prévue dans la LAC international. Je ferai remarquer que depuis la formulation complète de l’«approche pragmatique et fonctionnelle» par la Cour suprême du Canada dans l’arrêt *Pushpanathan c. Canada*, [1998] 1 R.C.S. 982, l’approche n’a pas été appliquée dans les affaires canadiennes faisant l’objet d’arbitrages commerciaux internationaux (voir par exemple la décision *Corporacion Transnacional de Inversiones, S.A. de C.V. c. STET International, S.p.A.* (1999), 45 O.R. (3d) 183 (C.S. Ont.); confirmé par (2000), 49 O.R. (3d) 414 et la décision *D.L.T. Holdings Inc. c. Grow Biz International, Inc.* (2000), 194 Nfld. & P.E.I.R. 206 (C.S.I.-P.-E.)). [Non souligné dans l’original.]

[37] Dans la décision *Karpa*, précitée, le juge Chilcott déclare au paragraphe 77:

[TRADUCTION] À mon avis, il faut faire preuve d’une grande retenue à l’égard du tribunal, particulièrement dans les affaires où la demanderesse, le Mexique, se trouve en réalité à attaquer une conclusion de fait. Le tribunal qui a entendu la preuve est celui qui est le mieux placé pour trancher les questions de crédibilité, de fiabilité et les questions reliées à la charge de la preuve.

Et il conclut au paragraphe 97:

I accept the proposition that judicial deference should be accorded to arbitral awards generally and to international commercial arbitrations in particular.

[38] Other Canadian jurisprudence considers the limited jurisdiction of a superior court to judicially review an award under article 34 of the Code with respect to international arbitration between two private parties, rather than investor-State arbitration. See *Quintette Coal Ltd. v. Nippon Steel Corp.*, [1991] 1 W.W.R. 219 (B.C.C.A.).

[39] The courts have held that the “pragmatic and functional” approach cannot be used to create a standard of review not provided for in article 34 of the Code. Courts restrain themselves from exercising judicial review with respect to international arbitration tribunals so as to be sensitive to the need of a system for predictability in the resolution of disputes and to preserve the autonomy of the arbitration forum selected by the parties.

[40] In *Desputeaux v. Éditions Chouette (1987) inc.*, [2003] 1 S.C.R. 178 the Supreme Court of Canada overturned a Quebec Court of Appeal decision that allowed for the annulment of an arbitral award that arose out of a copyright dispute. The Supreme Court expressly disagreed with the Quebec Court of Appeal’s approach because it led to a merits-based review not contemplated by legislation. At paragraphs 65-66 LeBel J. states:

The Court of Appeal stated at para. 49:

[TRANSLATION] Where an arbitrator, in performing his or her mandated, is required to apply the rules of public order, he or she must apply them correctly, that is, in the same manner as do the courts.

That statement runs counter to the fundamental principle of the autonomy of arbitration (Compagnie nationale Air France, supra, at p. 724). What it necessarily leads to is review of the merits of the dispute by the court. In addition, it perpetuates a concept of arbitration that makes it a form of justice that is inferior to the justice offered by the courts (Condominiums Mont St-Sauveur, supra, at p. 2785).

And with respect to the standard of review, LeBel J. states at paragraphs 68-69:

[TRADUCTION] J’accepte la proposition selon laquelle les tribunaux judiciaires doivent faire preuve de retenue à l’égard des sentences arbitrales en général, et des arbitrages commerciaux internationaux en particulier.

[38] D’autres décisions de la jurisprudence canadienne considèrent la compétence limitée d’un tribunal supérieur en matière de contrôle judiciaire d’une sentence arbitrale selon l’article 34 du Code dans l’optique de l’arbitrage international entre deux parties privées, plutôt que dans l’optique de l’arbitrage entre un investisseur et l’État. Voir l’arrêt *Quintette Coal Ltd. c. Nippon Steel Corp.*, [1991] 1 W.W.R. 219 (C.A.C.-B.).

[39] Les tribunaux judiciaires ont établi que l’approche «pragmatique et fonctionnelle» ne peut être utilisée pour définir une norme de contrôle non prévue à l’article 34 du Code. Les tribunaux judiciaires ne s’autorisent pas à exercer un contrôle judiciaire sur les tribunaux d’arbitrage international par souci de la prévisibilité nécessaire dans le règlement des différends et pour protéger l’autonomie de la juridiction d’arbitrage choisie par les parties.

[40] Dans l’arrêt *Desputeaux c. Éditions Chouette (1987) inc.*, [2003] 1 R.C.S. 178, la Cour suprême du Canada a infirmé un arrêt de la Cour d’appel du Québec qui annulait une sentence arbitrale visant un différend en matière de droit d’auteur. La Cour suprême s’est prononcée expressément contre l’approche de la Cour d’appel du Québec parce que cette approche conduisait à l’examen du fond, non prévu par la législation. Ainsi le juge LeBel déclare aux paragraphes 65 et 66:

La Cour d’appel a affirmé au par. 49 que:

Lorsqu’un arbitre est appelé, dans le cadre de son mandat, à appliquer les règles d’ordre public, il doit les appliquer correctement, c’est-à-dire de la même façon que les tribunaux.

Cette affirmation porte atteinte au principe fondamental de l’autonomie de l’arbitrage (Compagnie nationale Air France, précité, p. 724). En effet, elle conduit nécessairement à l’examen du fond du différend par le tribunal judiciaire. De plus, elle perpétue une conception de l’arbitrage qui en faisait une justice inférieure à celle offerte par les tribunaux judiciaires (Condominiums Mont St-Sauveur, précité, p. 2785).

S’agissant de la norme de contrôle, le juge LeBel déclare aux paragraphes 68 et 69:

Some judgments have taken a broad view of that power, or sometimes tended to confuse it with the power of judicial review provided for in arts. 33 and 846 *C.C.P.* [. . .] The judgment in issue here illustrates this tendency when it adopts a standard of review based on simple review of any error of law made in considering a matter of public order. That approach extends judicial intervention at the point of homologation or an application for annulment of the arbitration award well beyond the cases intended by the legislature. It ignores the fact that the legislature has voluntarily placed limits on such review, to preserve the autonomy of the arbitration system.

Review of the correctness of arbitration decisions jeopardizes the autonomy intended by the legislature, which cannot accommodate judicial review of a type that is equivalent in practice to a virtually full appeal on the law. Thibault J.A. identified this problem, when she said:

[TRANSLATION] In my view, the argument that an interpretation of the regulation that is different from, and in fact contrary to, the interpretation adopted by the ordinary courts means that the arbitration award exceeds the terms of the arbitration agreement stems from a profound misunderstanding of the system of consensual arbitration. The argument makes that separate system of justice subject to review of the correctness of its decisions, and thereby substantially reduces the latitude that the legislature and the parties intended to grant to the arbitration board. [Emphasis added.]

[41] By analogy to a case where Parliament has spelled out in the *Criminal Code* [R.S.C., 1985, c. C-46] the precise standard of judicial review, the Supreme Court of Canada decision in *R. v. Owen*, [2003] 1 S.C.R. 779, *per* Binnie J. at paragraphs 31 and 32 is applicable to the case at bar:

The appellant submitted an extensive analysis of the Court's administrative law jurisprudence applying the "functional and pragmatic test" to establish the appropriate standard of review from *U.E.S. Local 298 v. Bibeault*, [1988] 2 S.C.R. 1048, at p. 1087, to *Moreau-Bérubé v. New Brunswick (Judicial Council)*, [2002] 1 S.C.R. 249, 2002 SCC 11. However, in the case of these review boards, Parliament has spelled out in the *Criminal Code* the precise standard of judicial review, namely that the court may set aside an order of the review board only where it is of the opinion that:

(a) the decision is unreasonable or cannot be supported by the evidence; or,

Certains jugements ont adopté une vue large de ce pouvoir ou tendent parfois à le confondre avec le pouvoir de contrôle judiciaire en vertu des art. 33 et 846 *C.p.c.* [. . .] Le jugement visé illustre cette tendance en adoptant une norme de révision fondée sur le contrôle pur et simple de toute erreur de droit commise à l'examen d'une question d'ordre public. Cette approche étend l'intervention judiciaire au moment de l'homologation ou de la demande d'annulation de la sentence arbitrale bien au-delà des cas prévus par le législateur. On oublie que le législateur a volontairement restreint ce contrôle pour préserver l'autonomie de l'institution arbitrale.

Le contrôle de la justesse des décisions arbitrales compromet l'autonomie voulue par le législateur, qui ne peut s'accommoder d'un contrôle judiciaire équivalent pratiquement à un appel presque complet sur le droit. La juge Thibault de la Cour d'appel soulignait ce problème lorsqu'elle affirmait:

À mon avis, l'argument voulant qu'une interprétation du règlement différente, voire même contraire de celle retenue par les tribunaux de droit commun, fasse en sorte que la sentence arbitrale dépasse les termes de la convention d'arbitrage résulte d'une méconnaissance profonde du système d'arbitrage conventionnel. L'argument assujettit ce système distinct de justice à un contrôle de la justesse de ses décisions et il réduit ainsi, de façon significative, la latitude que le législateur et les parties entendaient conférer au conseil d'arbitrage. [Non souligné dans l'original.]

[41] Par analogie avec une affaire dans laquelle le législateur a énoncé dans le *Code criminel* [L.R.C. (1985), ch. C-46] la norme précise de contrôle judiciaire, les paragraphes 31 et 32 de l'arrêt de la Cour suprême du Canada *R. c. Owen*, [2003] 1 R.C.S. 779 rendu par le juge Binnie s'appliquent à l'espèce:

L'appelante a soumis une analyse approfondie des décisions de notre Cour en droit administratif, de *U.E.S., local 298 c. Bibeault*, [1988] 2 R.C.S. 1048, p. 1087, à *Moreau-Bérubé c. Nouveau-Brunswick (Conseil de la magistrature)*, [2002] 1 R.C.S. 249, 2002 CSC 11, relativement à l'application de la «méthode fonctionnelle et pragmatique» pour déterminer la norme de contrôle applicable. Cependant, le législateur a pris la peine d'énoncer dans le *Code criminel* la norme précise de contrôle judiciaire qui s'applique à ces commissions d'examen, à savoir que la cour ne peut annuler une ordonnance rendue par la commission d'examen que si elle est d'avis que, selon le cas:

a) la décision est déraisonnable ou ne peut pas s'appuyer sur la preuve;

(b) the decision is based on a wrong decision on a question of law (unless no substantial wrong or miscarriage of justice has occurred); or,

(c) there was a miscarriage of justice. (*Cr. C.*, s. 672.78)

It must be kept in mind that “[t]o a large extent judicial review of administrative action is a specialized branch of statutory interpretation”: *Bibeault*, at p. 1087 (emphasis deleted). Where Parliament has shown its intent in the sort of express language found in s. 672.78 *Cr. C.* then, absent any constitutional challenge, that is the standard of review that is to be applied. [Emphasis added.]

In the case at bar, article 34 of the Code spells out the limited jurisdiction of the Court to set aside an arbitration award.

[42] It is noteworthy, that article 34 of the Code does not allow for judicial review if the decision is based on an error of law or an erroneous finding of fact if the decision is within the jurisdiction of the Tribunal. The principle of non-judicial intervention in an arbitral award within the jurisdiction of the Tribunal has been often repeated. See Lax J. in *Corporacion Transnacional de Inversiones, S.A. de C.V. v. STET International, S.P.A.* (1999), 45 O.R. (3d) 183 (Sup. Ct.), at page 191; affirmed by (2000), 49 O.R. (3d) 414 (C.A.):

The broad deference and respect to be accorded to decisions made by arbitral tribunals pursuant to the Model Law has been recognized in this jurisdiction by the Ontario Court of Appeal in *Automatic Systems Inc. v. Bracknell Corp.* (1994), 18 O.R. (3d) 257 at p. 264, 113 D.L.R. (4th) 449 at p. 456:

The purpose of the United Nations Conventions and the legislation adopting them is to ensure that the method of resolving disputes in the forum and according to the rules chosen by the parties, is respected. Canadian courts have recognized that predictability in the enforcement of dispute resolution provisions is an indispensable precondition to any international business transaction and facilitates and encourages the pursuit of freer trade on an international scale: *Kaverit Steel & Crane Ltd. v. Kone Corp.* (1992), 87 D.L.R. (4th) 129 at p. 139, 85 Alta. L.R. (2d) 287 (C.A.).

b) il s’agit d’une erreur de droit sauf si aucun tort important ou aucune erreur judiciaire grave ne s’est produit;

c) il y a eu erreur judiciaire. (*C. cr.*, art. 672.78)

Il ne faut pas perdre de vue que, [TRADUCTION] «[d]ans une large mesure, l’examen judiciaire d’un acte administratif est une division spécialisée de l’interprétation des lois»: (soulignement omis) *Bibeault*, précité, p. 1087. Si le législateur a révélé son intention dans le libellé explicite de l’art. 672.78 *C. cr.*, c’est cette norme de contrôle qu’il convient d’appliquer en l’absence de contestation constitutionnelle. [Non souligné dans l’original.]

En l’espèce, l’article 34 du Code définit la compétence limitée de la Cour en matière d’annulation d’une sentence arbitrale.

[42] Il faut mentionner que l’article 34 du Code n’autorise pas le contrôle judiciaire d’une décision entrant dans la compétence du tribunal dans le cas où la décision repose sur une erreur de droit ou une conclusion de fait erronée. Le principe de la non-intervention judiciaire à l’égard des sentences arbitrales qui relèvent de la compétence du tribunal arbitral a été maintes fois répété. Voir le juge Lax dans la décision *Corporacion Transnacional de Inversiones, S.A. de C.V. v. STET International, S.P.A.* (1999), 45 O.R. (3d) 183 (C. Sup.) à la page 191, confirmée par (2000), 49 O.R. (3d) 414 (C.A.):

[TRADUCTION] La grande retenue et le grand respect dont doivent faire l’objet les décisions des tribunaux arbitraux en vertu de la loi type ont été reconnus dans notre province par la Cour d’appel de l’Ontario dans l’arrêt *Automatic Systems Inc. c. Bracknell Corp.* (1994), 18 O.R. (3d) 257 à la p. 264, 113 D.L.R. (4th) 449 à la p. 456:

[TRADUCTION] Le but des conventions des Nations Unies et de la législation qui les a adoptées est de veiller au respect du mode de règlement des différends dans l’instance et selon les règles choisies par les parties. Les tribunaux canadiens ont reconnu que la prévisibilité dans l’application des dispositions en matière de règlement des différends est une condition préalable indispensable à toute opération commerciale internationale et qu’elle facilite et encourage la mise en œuvre d’un plus grand libre-échange à l’échelle internationale: *Kaverit Steel & Crane Ltd. c. Kone Corp.* (1992), 87 D.L.R. (4th) 129 à la p. 139, 85 Alta. L.R. (2d) 287 (C.A.).

An arbitral award is not invalid because, in the opinion of the Court hearing the application, the Arbitral Tribunal wrongly decided a point of fact or law. In the textbook, *Law and Practice of International Commercial Arbitration*, *supra*, at page 432:

Nevertheless, the Model Law, basic though it is, reflects the modern movement towards finality of arbitration awards. There 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. *If a court is allowed to review this decision on the law or merits, the speed and, above all, the finality of the arbitral process is lost.* Indeed, arbitration then becomes 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. [Emphasis added]

And at page 433:

[. . .] there is no provision in the Model Law for any form of appeal from an arbitral award, on the law or on the facts, or for any judicial review of an award on its merits. If 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.

Judicial Review under article 34(2)(a)(iii)

[43] As discussed, the Federal Court has limited jurisdiction to hear an application for setting aside the arbitral awards in this case pursuant to article 34 of the Code. The first pertinent subparagraph of the Code is article 34(2)(a)(iii), which provides:

Article 34

...

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

...

(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

Une sentence arbitrale n'est pas invalide du fait qu'aux yeux du tribunal saisi de la demande, le tribunal arbitral a rendu une décision erronée sur une question de fait ou de droit. Dans l'ouvrage *Law and Practice of International Commercial Arbitration*, précité, on lit à la page 432:

[TRADUCTION] Néanmoins, la loi type, toute fondamentale qu'elle soit, reflète la tendance moderne visant à donner un caractère définitif aux sentences arbitrales. On croit, dans la mesure du moins où il s'agit d'arbitrages internationaux, que les parties devraient être disposées à accepter la décision du tribunal arbitral même si elle est erronée, pour autant que les procédures régulières ont été suivies. Si un tribunal est autorisé à faire le contrôle de la décision sur le droit ou sur le fond, la célérité et, surtout, le caractère définitif du processus arbitral sont annulés. L'arbitrage devient alors simplement la première étape d'un processus qui peut conduire, par la voie d'appels successifs, jusqu'à la cour d'appel la plus élevée du ressort où s'est déroulé l'arbitrage. [Non souligné dans l'original.]

Puis à la page 433:

[TRADUCTION] [. . .] la loi type ne comporte aucune disposition visant une forme quelconque d'appel de la sentence arbitrale, sur un point de droit ou sur les faits, ou un contrôle judiciaire de la sentence arbitrale sur le fond. Si le tribunal est compétent, si les procédures régulières sont suivies et les formalités régulières sont respectées, la sentence, qu'elle soit bonne, mauvaise ou indifférente, est sans appel et elle lie les parties.

Le contrôle judiciaire en vertu du sous-alinéa 34(2)a)(iii)

[43] Comme on vient de le voir, la Cour fédérale possède une compétence limitée, en vertu de l'article 34 du Code, pour connaître d'une demande d'annulation des sentences arbitrales visées en l'espèce. La première disposition pertinente du Code est le sous-alinéa 34(2)a)(iii), qui prévoit:

Article 34

[. . .]

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

[. . .]

(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

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; . . .

[44] In analysing the Court's jurisdiction under this subparagraph, the arbitral awards may only be set aside if the applicant, in this case the Attorney General of Canada, furnishes proof on one of two grounds:

(i) the awards deal with a dispute not contemplated by or not falling within the terms of the submission to arbitration; or,

(ii) the awards contain decisions on matters beyond the scope of the submission to arbitration.

[45] With respect to the first ground, I am not satisfied that the award deals with a dispute not contemplated by or not falling within the terms of the submission to arbitration, namely whether Canada breached Articles 1102 and 1105 of NAFTA in relation to the respondent. In fact, this is the dispute submitted by the respondent to arbitration.

[46] The second ground is more difficult. The Attorney General submits that the arbitral decision that SDMI falls within the definition of an "investor" or that Myers Canada is "an investment of the investor" in accordance with the definitions in Article 1139 of NAFTA are matters beyond the scope of the submission to arbitration. Mexico submits that the Tribunal exceeded the scope of the submission to arbitration by applying Chapter 11 obligations to "cross-border trade in services" which are governed by Chapter 12, and Chapter 12 is beyond the scope of arbitration.

Matters beyond the scope of arbitration go to jurisdiction

[47] Article 21 of the *UNCITRAL Arbitration Rules* give the Arbitration Tribunal the power to rule on

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;

[44] Lorsqu'on analyse la compétence de la Cour aux termes du sous-alinéa, les sentences arbitrales ne peuvent être annulées que si le demandeur, en l'occurrence le procureur général du Canada, apporte une preuve fondée sur l'un de deux motifs suivants:

i) les sentences portent sur un différend non visé dans le compromis ou n'entrant pas dans les prévisions de la clause compromissoire; ou

ii) les sentences contiennent des décisions qui dépassent les termes du compromis ou de la clause compromissoire.

[45] S'agissant du premier motif, je ne suis pas persuadé que la sentence porte sur un différend non visé dans le compromis ou n'entrant pas dans les prévisions de la clause compromissoire, soit de savoir si le Canada a manqué aux articles 1102 et 1105 de l'ALÉNA à l'égard de la défenderesse. En réalité, il s'agit du différend que la défenderesse a soumis à l'arbitrage.

[46] Le second motif est plus difficile. Le procureur général fait valoir que la décision arbitrale portant que SDMI est visée par la définition de l'«investisseur» ou que Myers Canada est «un investissement effectué par l'investisseur» selon les définitions de l'article 1139 de l'ALÉNA est une question qui dépasse les termes du compromis ou de la clause compromissoire. Le Mexique soutient que le tribunal a dépassé les termes du compromis ou de la clause compromissoire en appliquant les obligations du chapitre 11 au «commerce transfrontières des services» qui est régi par le chapitre 12, et que le chapitre 12 excède la portée de l'arbitrage.

Les questions qui dépassent les termes de l'arbitrage touchent la compétence

[47] L'article 21 du *Règlement d'arbitrage de la CNUDCI* donne au tribunal arbitral le pouvoir de statuer

objections regarding its jurisdiction. Article 21(3) requires that any plea that the Tribunal does not have jurisdiction be raised not later than the statement of defence. Article 21(4) requires that “in general” the Tribunal should rule on its jurisdiction as a preliminary question, however, the Tribunal may proceed with the arbitration and rule on its jurisdiction as part of its final award. In this case, SDMI submits that Canada did not object to the jurisdiction of the Tribunal as required in article 21 of the *UNCITRAL Arbitration Rules*, and is now barred from seeking judicial review on this basis.

[48] The Court has considered the notice of arbitration and the statement of claim submitted by the respondent and Canada’s statement of defence. Canada submits that it challenged the jurisdiction of the Arbitration Tribunal in paragraph 4 of its statement of defence under the heading “The Facts”:

4. Except as expressly submitted below, Canada denies the facts alleged in paragraphs 2, 4-12 and 16-57 of the Claim and puts Myers to the strict proof of every fact alleged in those paragraphs.

Canada submits that this plea satisfies the requirements of article 21(3) of the Arbitral Rules because paragraphs 6 to 12 of the statement of claim are under the heading “Jurisdiction of this Tribunal”, and alleged that the claim is within the jurisdiction of the Tribunal.

[49] Article 21 requires that a party make a clear objection to the jurisdiction of the Arbitration Tribunal as soon as possible, and not later than the statement of defence. In reviewing paragraph 4 of Canada’s statement of defence, the Court concludes that Canada did not make a clear objection to the Tribunal’s jurisdiction. The plain and ordinary meaning of the Rules are that a party must make a specific, express objection to jurisdiction, and must ask the Tribunal to rule on its jurisdiction as a preliminary question. At that stage, parties can seek judicial review before the arbitration proceeds in, what was in this case, a lengthy and expensive arbitration. I find paragraph 4 of Canada’s statement of defence obtuse with respect to jurisdiction.

sur les exceptions prises de son incompétence. Le paragraphe 3 de l’article 21 prévoit que l’exception d’incompétence doit être soulevée au plus tard lors du dépôt de la réponse. Le paragraphe 4 de l’article 21 prescrit, «[d]’une façon générale», que le tribunal arbitral statue sur l’exception d’incompétence en la traitant comme question préalable. Il peut cependant poursuivre l’arbitrage et statuer sur cette exception dans la sentence finale. En l’espèce, SDMI soutient que le Canada n’a pas attaqué la compétence du tribunal arbitral, comme l’exige l’article 21 du *Règlement d’arbitrage de la CNUDCI*, et qu’il ne peut maintenant demander un contrôle judiciaire sur ce fondement.

[48] La Cour a examiné la notification d’arbitrage et la requête présentées par la défenderesse ainsi que la réponse du Canada. Le Canada soutient qu’il a attaqué la compétence du tribunal arbitral au paragraphe 4 de sa réponse sous le titre [TRADUCTION] «Les faits»:

[TRADUCTION] 4. Sous réserve de ce qui est expressément indiqué ci-dessous, le Canada nie les faits allégués aux paragraphes 2, 4 à 12 et 16 à 57 de la requête et demande à Myers d’établir strictement chacun des faits allégués dans ces paragraphes.

Le Canada fait valoir que l’exception soulevée satisfait aux conditions du paragraphe 3 de l’article 21 du Règlement d’arbitrage parce que les paragraphes 6 à 12 de la requête sont précédés de l’intitulé [TRADUCTION] «Compétence du tribunal», et allèguent que la demande relève de la compétence du tribunal.

[49] L’article 21 prévoit que la partie doit soulever clairement l’exception d’incompétence du tribunal arbitral dans les plus brefs délais et, au plus tard, lors du dépôt de la réponse. Après avoir fait l’examen du paragraphe 4 de la réponse du Canada, la Cour conclut que le Canada n’a pas soulevé clairement l’exception prise de l’incompétence du tribunal. Le sens normal et ordinaire du Règlement impose à la partie de soulever clairement et expressément l’exception d’incompétence et de demander au tribunal de statuer sur l’exception d’incompétence comme question préalable. À cette étape, les parties peuvent demander le contrôle judiciaire avant de s’engager dans un arbitrage qui, comme en l’espèce, s’est révélé long et onéreux. Je conclus que le

[50] Canada's position on this matter is undermined by its own past practice. In a prior NAFTA Chapter 11 arbitration under the same Arbitration Rules between Ethyl Corporation and the Government of Canada, Canada clearly and expressly stated that the Tribunal is without jurisdiction to entertain Ethyl's claim and requested that:

The Tribunal should, as a preliminary matter, determine that it does not have jurisdiction to hear the claim or any part of the claim.

As a result, the NAFTA Arbitration Tribunal in that case rendered a preliminary decision dated June 24, 1998 with respect to its jurisdiction in *Ethyl Corporation and the Government of Canada*, 38 ILM 708 (1999).

[51] The Arbitration Tribunal decision in this case did not expressly address "jurisdiction". However, it considered Canada's argument that SDMI did not have any "standing" to bring the complaint in Chapter VII of its liability decision under the heading: "Was SDMI an Investor? Was there an Investment?"

[52] This issue was considered as a mixed question of fact and law, not as a question of jurisdiction. At no point in this part of the decision is there any reference to an objection to the "jurisdiction" of the Tribunal by Canada.

[53] Jurisdiction is a term of art and a legal objection must be raised clearly at the outset of the arbitration. Canada failed to do so in this case, and cannot now argue that the Tribunal did not have jurisdiction to render the three decisions which are the subject of these applications for judicial review. To find otherwise would undermine the clear and express procedures incorporated in NAFTA for the resolution of disputes.

paragraphe 4 de la réponse du Canada est ambigu à l'égard de la compétence.

[50] D'ailleurs, la position du Canada sur ce point est affaiblie par sa propre pratique dans le passé. Dans un arbitrage antérieur relatif au chapitre 11 de l'ALÉNA, selon le même Règlement d'arbitrage, entre Ethyl Corporation et le gouvernement du Canada, le Canada a clairement et expressément déclaré que le tribunal n'était pas compétent pour être saisi de la demande d'Ethyl et demandé ce qui suit:

[TRADUCTION] Le tribunal devrait, comme question préalable, trancher qu'il n'a pas compétence pour être saisi de tout ou partie de la demande.

Par conséquent, le tribunal arbitral de l'ALÉNA a dans cette affaire rendu une décision préalable datée du 24 juin 1998 touchant sa compétence, soit la décision *Ethyl Corporation and the Government of Canada*, 38 ILM 708 (1999).

[51] Dans la présente affaire, la décision du tribunal arbitral n'a pas expressément abordé la question de la «compétence». Toutefois, l'argument du Canada selon lequel SDMI n'avait pas [TRADUCTION] «qualité» pour déposer la plainte a été pris en compte au chapitre VII de la sentence arbitrale sur la responsabilité sous l'intitulé: [TRADUCTION] «SDMI était-elle un investisseur? Existait-il un investissement?»

[52] La question y a été considérée comme un point mixte de fait et de droit, et non comme un point de compétence. Dans cette partie de la sentence arbitrale, il n'est jamais fait allusion à une opposition du Canada à la «compétence» du tribunal.

[53] La compétence est une notion technique et l'exception d'incompétence doit être clairement soulevée au début de l'arbitrage. En l'espèce, le Canada ne l'a pas fait et il ne peut maintenant soutenir que le tribunal n'était pas compétent pour rendre les trois décisions qui font l'objet des présentes demandes de contrôle judiciaire. Conclure autrement porterait atteinte aux procédures claires et expresses incorporées à l'ALÉNA pour le règlement des différends.

Failure to give notice

[54] The rule requiring that jurisdiction be pleaded is analogous to the requirement in subsection 57(1) [as am. by S.C. 1990, c. 8, s. 19; 2002, c. 8, s. 54] of the *Federal Courts Act* [R.S.C., 1985, c. F-7, s. 1 (as am. by S.C. 2002, c. 8, s. 14)] that a party may not raise a constitutional question unless notice has been served in accordance with section 57. The Federal Court of Appeal and the Supreme Court of Canada have held that the failure to give notice under the Act bars a party from subsequently challenging the constitutionality of a law. See *McIntosh v. Canada (Secretary of State)* (1994), 168 N.R. 75 (F.C.A.), at paragraph 5; *Cooper v. Canada (Human Rights Commission)*, [1996] 3 S.C.R. 854, at paragraph 38; *Nelson v. Canada*, [2000] 4 C.T.C. 252 (F.C.A.), at paragraph 7; *Stone v. Canada*, [2003] 4 C.T.C. 110 (F.C.A.), at paragraph 4.

Judicial Review under article 34(2)(b)(ii)—Public Policy

[55] Article 34(2)(b)(ii) of the Code provides that a court may judicially review and set aside an award where it “is in conflict with the public policy of Canada”. “Public policy” does not refer to the political position or an international position of Canada but refers to “fundamental notions and principles of justice.” Such a principle includes that a tribunal not exceed its jurisdiction in the course of an inquiry, and that such a “jurisdictional error” can be a decision which is “patently unreasonable”, such as a complete disregard of the law so that the decision constitutes an abuse of authority amounting to a flagrant injustice. See *Navigation Sonamar Inc. v. Algoma Steamships Ltd.*, [1987] R.J.Q. 1346 (Sup. Ct.); “Analytical Commentary on the Draft Text of the Model Law on International Commercial Arbitration in the Report of the Secretary General to the eighteenth session of the United Nations Commission on International Trade Law [Vienna, 3-21 June 1985. UN Doc. A/CN.9/264 (1985)]; *Report of the United Nations Commission on International Trade Law on the work of its eighteenth session—3-21 June 1985* [UN GAOR, 40th Sess., Supp. No. 17, UN Doc. A/40/17 (1985)]; *Mexico v. Karpa*, *supra*, at paragraph 87.

Le défaut de donner un avis

[54] La règle qui prescrit de soulever la question de compétence est analogue à la disposition du paragraphe 57(1) [mod. par L.C. 1990, ch. 8, art. 19; 2002, ch. 8, art. 54] de la *Loi sur les Cours fédérales* [L.R.C. (1985), ch. F-7, art. 1 (mod. par L.C. 2002, ch. 8, art. 14)] prévoyant qu’une partie ne peut soulever une question constitutionnelle à moins d’avoir donné avis de question constitutionnelle conformément à l’article 57. La Cour d’appel fédérale et la Cour suprême du Canada ont conclu que le défaut de signifier un avis selon la Loi interdit à une partie d’attaquer par la suite la constitutionnalité d’une loi. Voir les arrêts *McIntosh c. Canada (Secrétaire d’État)* (1994), 168 N.R. 75 (C.A.F.), au paragraphe 5; *Cooper c. Canada (Commission des droits de la personne)*, [1996] 3 R.C.S. 854, au paragraphe 38; *Nelson c. Canada*, [2000] 4 C.T.C. 252 (C.A.F.), au paragraphe 7; *Stone c. Canada*, [2003] 4 C.T.C. 110 (C.A.F.), au paragraphe 4.

Le contrôle judiciaire aux termes du sous-alinéa 34(2)(b)(ii)—L’ordre public

[55] Le sous-alinéa 34(2)(b)(ii) du Code prévoit que la Cour peut procéder au contrôle judiciaire d’une sentence arbitrale et l’annuler dans le cas où «la sentence est contraire à l’ordre public du Canada». L’«ordre public» ne s’entend pas de la position politique ou de la position internationale du Canada mais s’entend des «notions et principes fondamentaux de la justice». Entre notamment dans ces principes le fait que le tribunal n’excède pas sa compétence dans le cours d’une enquête et que l’«excès de compétence» puisse être une décision «manifestement déraisonnable», comme le mépris total de la loi, de sorte qu’elle constitue un abus de pouvoir équivalant à une injustice flagrante. Voir la décision *Navigation Sonamar Inc. c. Algoma Steamships Ltd.*, [1987] R.J.Q. 1346 (C. Sup.); «Commentaire analytique du projet de texte d’une loi type sur l’arbitrage commercial international», dans *Rapport du Secrétaire général à la dix-huitième session de la Commission des Nations Unies pour le droit commercial international* [Vienne, 3-21 juin 1985. Doc NU A/CN. 9/264 (1985)]; *Rapport de la Commission des Nations Unies pour le droit commercial international sur les travaux de la dix-huitième session—3-21 juin 1985*. [Doc. off. AGNU, 40^e sess., suppl. n^o 17, Doc.NU A/40/17 (1985)]; la décision *Mexico c. Karpa*, précitée, au paragraphe 87.

[56] In the case at bar, the Tribunal's findings with respect to the two jurisdictional questions, and with respect to Article 1102, are not "patently unreasonable", "clearly irrational", "totally lacking in reality" or "a flagrant denial of justice". Accordingly, the Court concludes that there is no aspect of the Tribunal decisions under review which "conflicts with the public policy of Canada".

Standard of review on legal meaning of definitions in NAFTA and the application of NAFTA Chapter 12

[57] I will undertake this review in the alternative that I am wrong in my conclusion above that Canada did not properly plead jurisdiction before the Tribunal so that Canada is now barred from seeking judicial review on this basis.

[58] On the two issues raised by Canada and Mexico that go to the jurisdiction or the "scope of the submission to arbitration", the standard of review on a pure question of law is correctness, and on a mixed question of law and fact is reasonableness.

[59] In *Dynamex Canada Inc. v. Mamona* (2002), 228 D.L.R. (4th) 463, the Federal Court of Appeal stated that characterizing an issue as legal or jurisdictional does not mean that the standard of review must be correctness. In applying the "pragmatic and functional approach" the Federal Court of Appeal held that on questions of law normally considered by the courts, and not on questions that engage the special expertise of the tribunal or require the application of the facts to the law, the standard is correctness. However, the manner in which the correct legal principles are applied to the facts is a question of mixed law and fact, and should be reviewed on the standard of reasonableness. The Court of Appeal, stated at paragraph 45:

In my view, the determination of the referee as to the common law principles applicable to the determination of the

[56] En l'espèce, les conclusions du tribunal sur les deux questions de compétence ainsi que sur l'article 1102 ne sont pas «manifestement déraisonnables», «clairement irrationnelles», ne manifestent pas un «manque total de réalisme» ou ne sont pas «un déni de justice flagrant». Par conséquent, la Cour conclut qu'aucun aspect des décisions du tribunal faisant l'objet du contrôle judiciaire n'«est contraire à l'ordre public du Canada».

La norme de contrôle applicable à l'interprétation juridique des définitions de l'ALÉNA et à l'application du chapitre 12 de l'ALÉNA

[57] J'entreprends maintenant le présent examen dans l'hypothèse où j'aurais commis une erreur en concluant, comme je viens de le faire, que le Canada n'a pas correctement fait valoir l'exception d'incompétence devant le tribunal arbitral et qu'il ne peut donc pour ce motif demander le contrôle judiciaire.

[58] S'agissant des deux questions soulevées par le Canada et le Mexique qui touchent la compétence ou le fait que les décisions «dépassent les termes du compromis ou de la clause compromissoire», la norme de contrôle applicable à la pure question de droit est la décision correcte et, à la question mixte de droit et de fait, la décision raisonnable.

[59] Dans l'arrêt *Dynamex Canada Inc. c. Mamona* (2002), 228 D.L.R. (4th) 463, la Cour d'appel fédérale a déclaré que le fait de définir une question comme point de droit ou de compétence n'entraîne pas que la norme de contrôle soit nécessairement la décision correcte. Dans l'application de «l'approche pragmatique et fonctionnelle», la Cour d'appel fédérale a conclu que sur les questions de droit dont sont normalement saisis les tribunaux, et non sur les questions faisant intervenir une expertise spéciale du tribunal ou exigeant l'application du droit aux faits, la norme de contrôle est la décision correcte. Toutefois, la façon dont les principes de droit corrects sont appliqués aux faits est une question mixte de droit et de fait et elle devrait faire l'objet d'un contrôle selon la norme de la décision raisonnable. La Cour d'appel a déclaré au paragraphe 45:

Selon moi, la décision de l'arbitre concernant les principes de common law applicables dans la détermination du statut

status of a person as an employee should be reviewed on the standard of correctness. I reach that conclusion, despite the privative clauses, because it is a question of law of a kind that is normally considered by the courts, and is not a question that engages the special expertise of a referee. However, the manner in which those principles are applied to the facts, which is a question of mixed law and fact, should be reviewed on the standard of reasonableness. Thus, if the referee's reasons disclose no error of law, and the conclusion is reasonably supportable on the record after a somewhat probing examination, the decision will stand.

[60] For these reasons, I will review the arbitral award with respect to the legal meaning of the word "investor" and "investment of an investor" in NAFTA on the standard of correctness. With respect to the application of the facts to the definitions, I will review the award on the standard of reasonableness.

[61] With respect to the second issue related to jurisdiction, namely whether Chapter 11 applies to cross-border trade in services under Chapter 12, the same two standards will be applied.

The meaning of "investor" and "investment of an investor" in Chapter 11

[62] The Tribunal concluded that SDMI was an "investor" for the purposes of Chapter 11 of NAFTA and that Myers Canada was an "investment". (See paragraph 231 of the decision regarding liability.) Article 1139 defines "investor of a Party", "investment of an investor of a Party" and "investment" in broad terms.

[63] Myers Canada, the Canadian company incorporated by the Myers brothers in Canada, was an "investment". This is not disputed. The basis for Canada's objection to the right of SDMI to bring this claim is that SDMI did not own the shares of Myers Canada. The definition of "investment of an investor of a Party" means that the investment is either owned by the investor or "controlled directly or indirectly" by the investor. The definitions read:

d'employé doit être examinée en utilisant la norme de la décision correcte. J'en viens à cette conclusion, malgré la présence de clauses privatives, car il s'agit d'une question de droit de la même nature que celles habituellement décidées par les différents tribunaux. Il ne s'agit pas d'une question exigeant une expertise particulière de l'arbitre. Toutefois, la façon dont ces principes sont appliqués aux faits, ce qui constitue une question mixte de droit et de fait, doit être examinée en utilisant la norme de la décision raisonnable. Ainsi, si la décision de l'arbitre ne contient aucune erreur en droit et que les conclusions sont jugées raisonnables après examen, la décision sera maintenue.

[60] Pour ces motifs, je me pencherai sur la sentence arbitrale en examinant le sens juridique des termes «investisseur» et «investissement effectué par un investisseur» dans l'ALÉNA en fonction de la norme de la décision correcte. En ce qui concerne l'application des définitions aux faits, j'étudierai la sentence arbitrale en fonction de la norme de la décision raisonnable.

[61] S'agissant de la deuxième question de compétence, soit de décider si le chapitre 11 s'applique au commerce transfrontières des services visé au chapitre 12, les deux mêmes normes seront appliquées.

La signification d'«investisseur» et d'«investissement effectué par un investisseur» au chapitre 11

[62] Le tribunal a conclu que SDMI était un «investisseur» pour l'application du chapitre 11 de l'ALÉNA et que Myers Canada était un «investissement». (Voir le paragraphe 231 de la sentence sur la responsabilité.) L'article 1139 définit «investisseur d'une Partie», «investissement effectué par un investisseur d'une Partie» et «investissement» en termes larges.

[63] Myers Canada, société canadienne constituée par les frères Myers au Canada, était un «investissement». Cela n'est pas contesté. Le fondement de l'opposition du Canada au droit de SDMI de présenter sa requête est le fait que SDMI n'avait pas la propriété des actions de Myers Canada. Selon la définition de l'«investissement effectué par un investisseur d'une Partie», l'investissement est soit possédé par l'investisseur, soit «contrôlé, directement ou indirectement» par l'investisseur. La définition est la suivante:

Article 1139: Definitions

...

investment of an investor of a Party means an investment owned or controlled directly or indirectly by an investor of such Party;

investor of a Party means a Party or state enterprise thereof, or a national or an enterprise of such Party, that seeks to make, is making or has made an investment;

This is broad language, and contrasts with the precise definition of “control” in a comparable chapter of the Canada-U.S. Free Trade Agreement (Chapter 16). In Chapter 11 of NAFTA there is no definition of “control”. Instead the definition of “investment of an investor of a Party” uses the broad words “indirectly controlled”—an open-ended, vague definition. The Vienna Convention provides that words in a treaty such as NAFTA shall be given their ordinary meaning. The ordinary meaning of “control” is defined in *The Canadian Oxford Dictionary*, Toronto: Oxford University Press, 2001 as: The power of directing, command (under the control of).

[64] Whether SDMI indirectly controlled Myers Canada becomes a question of fact. On the evidence Mr. Dana Myers, the President of SDMI, testified that he exercised control over SDMI in the United States and over SDMI’s operations in Australia, Saudia Arabia, Mexico and Canada as CEO of SDMI. It was a family business which operated in the United States and other countries through SDMI. SDMI advanced the money necessary for the operation of Myers Canada, SDMI provided personnel and technical support for Myers Canada and SDMI expected to share in the profits from Myers Canada. Other witnesses confirmed that SDMI, through its President, Mr. Dana Myers, had “the power of directing” Myers Canada.

[65] The Court concludes that the broad nature of the definition of “investment of an investor of a Party”, in particular the use of the words “controlled directly or

Article 1139: Définitions

[. . .]

investissement effectué par un investisseur d’une Partie désigne un investissement possédé ou contrôlé, directement ou indirectement, par un investisseur de cette Partie;

investisseur d’une Partie désigne une Partie ou une entreprise d’État de cette Partie, ou un ressortissant ou une entreprise de cette Partie, qui cherche à effectuer, effectue ou a effectué un investissement;

Ces termes sont larges et contrastent avec la définition précise du «contrôle» dans un chapitre analogue de l’Accord de libre-échange Canada-États-Unis (chapitre 16). Le chapitre 11 de l’ALÉNA ne donne pas de définition du «contrôle». La définition de l’«investissement effectué par un investisseur d’une Partie» emploie les termes larges «contrôlé [. . .] indirectement», ce qui en fait une définition ouverte et vague. La Convention de Vienne prévoit que les termes d’un traité comme l’ALÉNA doivent s’interpréter dans leur sens ordinaire. Le sens ordinaire de «contrôle» (*control* dans l’anglais) est défini dans *The Canadian Oxford Dictionary*, Toronto: Oxford University Press, 2001 de la manière suivante: [TRADUCTION] Le pouvoir de diriger, de commander (sous le contrôle de).

[64] Le fait de savoir si SDMI contrôlait indirectement Myers Canada devient une question de fait. D’après la preuve, M. Dana Myers, président de SDMI, a témoigné qu’il exerçait le contrôle sur SDMI aux États-Unis et sur l’exploitation de SDMI en Australie, en Arabie saoudite, au Mexique et au Canada en qualité de chef de la direction de SDMI. Il s’agissait d’une entreprise familiale qui exerçait son activité aux États-Unis et dans d’autres pays par l’intermédiaire de SDMI. SDMI avançait le financement nécessaire à l’activité de Myers Canada, SDMI lui fournissait le personnel et le soutien technique et SDMI s’attendait à participer aux bénéfices de Myers Canada. D’autres témoins ont confirmé que SDMI, par son président, M. Dana Myers, avait le «pouvoir de diriger» Myers Canada.

[65] La Cour conclut que la portée large de la définition d’«investissement effectué par un investisseur d’une Partie», en particulier l’emploi des mots «contrôlé,

indirectly”, together with the objective of NAFTA that it shall be interpreted and applied to meet the objectives of NAFTA, support the finding of the Tribunal at paragraph 231:

On the evidence and on the basis of its interpretation of NAFTA, the Tribunal concludes that SDMI was an “investor” for the purposes of Chapter 11 of NAFTA and that Myers Canada was an “investment”.

[66] Since the language of NAFTA permits this finding, the Court also concludes that this finding was not *ex aequo et bono*, as submitted by Canada. The Tribunal did not exercise any equitable or chancery court power. It only exercised its power to properly interpret and apply the definition in Article 1139 of “investment of an investor of a Party” to the facts.

[67] The Attorney General states that the domestic law of Canada is applicable to determine whether Myers Canada is controlled by SDMI. (See paragraph 160 of the memorandum of fact and law of the Attorney General of Canada.) NAFTA is to be interpreted according to the provisions of NAFTA and the principles of international law. The meaning of “controlled directly or indirectly” is its ordinary meaning. In this case, the Tribunal found as a fact that SDMI controlled Myers Canada. This control was not based on the legal ownership of shares, but on the fact that Mr. Dana Myers controlled every decision, every investment, every move by Myers Canada, and Mr. Myers did so as chief executive officer of SDMI.

[68] Therefore, the references to the *Canada Business Corporations Act* [R.S.C., 1985, c. C-44] relied upon by the Attorney General are not relevant for determining whether SDMI, as a question of fact, controlled, indirectly or directly, Myers Canada in the ordinary meaning of the word “controlled”.

[69] The position of the Attorney General is a narrow, legalistic, restrictive interpretation contrary to the objectives of NAFTA and contrary to the purposive interpretation which NAFTA Article 2.01 and article 31 of the Vienna Convention stipulate.

directement ou indirectement», jointe à l’objectif de l’ALÉNA d’une interprétation et d’une application en conformité avec les objets de l’ALÉNA, appuie la conclusion du tribunal au paragraphe 231:

[TRADUCTION] Sur la foi de la preuve et selon son interprétation de l’ALÉNA, le tribunal conclut que SDMI était un «investisseur» pour l’application du chapitre 11 de l’ALÉNA et que Myers Canada était un «investissement».

[66] Comme les termes de l’ALÉNA autorisent cette conclusion, la Cour conclut également que cette conclusion n’était pas *ex aequo et bono* comme l’a prétendu le Canada. Le tribunal n’a exercé aucun pouvoir de juger en *equity* ou pouvoir de la cour de chancellerie. Il a seulement exercé son pouvoir d’interpréter correctement la définition de l’article 1139 d’un «investissement effectué par un investisseur d’une Partie» et de l’appliquer correctement aux faits.

[67] Le procureur général dit que la loi nationale du Canada s’applique à la décision relative au contrôle exercé par SDMI sur Myers Canada. (Voir le paragraphe 160 du [TRADUCTION] «mémoire des faits et du droit» du procureur général du Canada.) L’ALÉNA doit être interprété selon les dispositions de l’ALÉNA et les principes du droit international. Le sens de «contrôlé, directement ou indirectement» est le sens ordinaire de ces mots. En l’espèce, le tribunal a statué en fait que SDMI contrôlait Myers Canada. Ce contrôle n’était pas fondé sur la propriété des actions, mais sur le fait que M. Dana Myers contrôlait chaque décision, chaque investissement, chaque opération de Myers Canada, à titre de chef de la direction de SDMI.

[68] Par conséquent, les renvois à la *Loi canadienne sur les sociétés par actions* [L.R.C. (1985), ch. C-44 (mod. par L.C. 1994, ch. 24, art. 1)] sur lesquels s’est appuyé le procureur général ne sont pas pertinents pour décider si SDMI, dans les faits, contrôlait, indirectement ou directement, Myers Canada au sens ordinaire du terme «contrôlait».

[69] La position du procureur général est une interprétation étroite, légaliste et restrictive qui est contraire aux objectifs de l’ALÉNA et à l’interprétation téléologique prescrite par l’article 2.01 de l’ALÉNA et l’article 31 de la Convention de Vienne.

[70] Accordingly, the Court concludes that the Tribunal's interpretation of the pertinent definition is correct, and its application of the definitions to the facts is reasonable.

Chapter 12—Cross-border trade in services

[71] Canada and Mexico argue that the respondent's activities in Canada are properly characterized as cross-border trade in services and are therefore governed by Chapter 12 of NAFTA. The Court is of the view that the different chapters of NAFTA overlap, and that NAFTA rights are cumulative, unless there is a direct conflict. Since SDMI did have an investment in Canada with respect to waste remediation services, SDMI is entitled to the protection under Chapter 11 toward its investment, as well as the rights and protection afforded by Chapter 12 with respect to its trade in services. The rights and obligations under Chapter 12 are not mutually exclusive or inconsistent with the rights and obligations under Chapter 11. Accordingly, the Tribunal correctly applied Chapter 11 rights and obligations to SDMI.

Judicial review of the issue: did the export ban of PCBs breach Canada's obligations under Article 1102 (National Treatment)

[72] In the event that I am wrong about the Court not having the power to judicially review this issue under article 34 of the Code, I will briefly do so. Article 1102 requires Canada accord to investors and investments of a national of another party, the U.S. in this case, treatment no less favourable than 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".

[73] There is no dispute that the Canadian ban on PCB exports sought to protect Canadian companies from U.S. competition, and was not for a legitimate environmental

[70] Par conséquent, la Cour conclut que l'interprétation du tribunal de la définition pertinente est correcte et que son application de la définition aux faits est raisonnable.

Chapitre 12—Commerce transfrontières des services

[71] Le Canada et le Mexique soutiennent que les activités de la défenderesse au Canada se définissent correctement comme du commerce transfrontières de services et sont donc régies par le chapitre 12 de l'ALÉNA. La Cour estime pour sa part que les divers chapitres de l'ALÉNA se chevauchent et que les droits conférés par l'ALÉNA sont cumulatifs, à moins qu'ils soient directement contradictoires. Comme SDMI avait effectivement un investissement au Canada pour des services de décontamination de déchets, SDMI a droit à la protection qu'accorde le chapitre 11 à son investissement, ainsi qu'aux droits et à la protection conférés par le chapitre 12 à son commerce de services. Les droits et les obligations conférés par le chapitre 12 n'excluent pas les droits et les obligations du chapitre 11 et ne sont pas incompatibles avec ceux-ci. Par conséquent, le tribunal a eu raison d'appliquer les droits et obligations du chapitre 11 à SDMI.

Contrôle judiciaire à l'égard de la question suivante: par son interdiction des exportations de BPC, le Canada a-t-il manqué à ses obligations en vertu de l'article 1102 (traitement national)?

[72] Dans l'hypothèse où j'aurais tort de conclure que la Cour n'est pas habilitée à exercer le contrôle judiciaire à l'égard de cette question aux termes de l'article 34 du Code, j'examinerai brièvement ce point. L'article 1102 prévoit que le Canada accordera aux investisseurs et aux investissements d'un ressortissant d'une autre Partie, les États-Unis en l'occurrence, 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».

[73] Nul ne conteste que l'interdiction du Canada sur les exportations de BPC avait pour but de protéger les sociétés canadiennes contre la concurrence des

purpose. The applicant, with the support of Mexico, submits that the phrase “in like circumstances” means that the Tribunal must compare U.S. investors in like circumstances with Canadian investors and U.S. investments in Canada with Canadian investments in like circumstances. The Tribunal found at paragraph 251:

From the business perspective, it is clear that SDMI and Myers Canada were in “like circumstances” with Canadian operators such as Chem-Security and Cintex. They all were engaged in providing PCB waste remediation services. SDMI was in a position to attract customers that might otherwise have gone to the Canadian operators because it could offer more favourable prices and because it had extensive experience and credibility. It was precisely because SDMI was in a position to take business away from its Canadian competitors that Chem-Security and Cintex lobbied the Minister of Environment to ban exports when the U.S. authorities opened the border.

[74] This is a question of mixed fact and law. The Court concludes that the Tribunal’s decision was reasonably open to it. The authorities show that the comparison of “in like circumstances” is a flexible benchmark, which can be expanded and contracted like an accordion to suit the particular facts of each case. In this case the Tribunal used a broad comparator, which was reasonably open to the Tribunal. Accordingly, the Court would not set aside this decision under Article 1102 if this was within the Court’s jurisdiction.

Article 1105

[75] Since the Tribunal’s finding with respect to Article 1105 is within the dispute submitted to arbitration, this Court similarly does not have the power to review this aspect of the decision. If the Court did have the power, it would not be necessary to review this aspect of decision because of the Court’s finding with respect to Article 1102. The same damages flow from a breach of Article 1102 so that the Tribunal’s finding with respect to a breach of Article 1105 is redundant. Accordingly, the Court does not express any view on the Tribunal’s interpretation and application of Article 1105

États-Unis et ne visait pas des fins environnementales légitimes. Le demandeur, appuyé par le Mexique, fait valoir que l’expression «dans des circonstances analogues» signifie que le tribunal est tenu de comparer les investisseurs des États-Unis avec ceux du Canada et les investissements des États-Unis avec ceux du Canada dans des circonstances analogues. Le tribunal a conclu au paragraphe 251:

[TRADUCTION] D’un point de vue commercial, il est clair que SDMI et Myers Canada étaient «dans des circonstances analogues» à celles des exploitants canadiens tels que Chem-Security et Cintex. Elles assuraient toutes des services de décontamination des déchets de BPC. SDMI était positionnée pour attirer des clients qui se seraient autrement tournés vers des exploitants canadiens parce qu’elle pouvait offrir des prix plus favorables et qu’elle disposait d’une grande expérience et d’une grande crédibilité. C’est précisément parce que SDMI était en mesure de faire perdre des clients à ses concurrents canadiens que Chem-Security et Cintex ont fait du lobbying auprès du ministre de l’Environnement pour qu’il interdise les exportations quand les autorités des États-Unis ont ouvert les frontières.

[74] Il s’agit d’une question mixte de fait et de droit. La Cour conclut qu’il était raisonnablement loisible au tribunal de rendre cette décision. La jurisprudence établit que la comparaison faite «dans des circonstances analogues» est un critère souple, qui peut s’élargir ou se refermer comme un accordéon pour coller aux faits particuliers de l’espèce. Dans la présente affaire, le tribunal a utilisé un comparateur large, option qui lui était raisonnablement ouverte. Par conséquent, la Cour n’annulerait pas cette décision en vertu de l’article 1102 si elle avait compétence pour le faire.

L’article 1105

[75] Comme la conclusion du tribunal au sujet de l’article 1105 porte sur le différend soumis à l’arbitrage, la présente Cour n’a pas non plus le pouvoir d’exercer un contrôle judiciaire sur cet aspect de la sentence. L’eût-elle eu qu’il ne serait pas nécessaire d’examiner cet aspect de la décision en raison de la conclusion de la Cour au sujet de l’article 1102. Tout manquement à l’article 1105 entraînant le même préjudice qu’un manquement à l’article 1102, la conclusion du tribunal au sujet du manquement à l’article 1105 est redondante. Par conséquent, la Cour ne se prononce pas sur

in this case.

CONCLUSION

[76] The Court has concluded that this application for judicial review must be dismissed for the following reasons:

(1) Under Article 1102 of NAFTA, Canada, the United States, and Mexico have agreed to accord investors from their countries no less favourable treatment than the NAFTA country accords its own investors with respect to investments;

(2) Chapter 11 of NAFTA creates a new cause of action to protect investors against state protectionism or discrimination and an independent dispute resolution arbitration process which can be invoked by an investor against the NAFTA country allegedly favouring one of its own nationals;

(3) The Arbitration Tribunal in this case found that the Canadian law banning the exports of PCBs was not for a legitimate environmental purpose, but for protection of Canadian enterprises from U.S. competition. This finding was within the scope of the Arbitration Tribunal's jurisdiction under Chapter 11 of NAFTA.

(4) The Arbitration Tribunal's decision that Canada breached its NAFTA obligations and was liable to compensate SDMI \$6,050,000 plus interest for damages, \$500,000 for legal costs and \$350,000 for arbitration costs was the unanimous decision of three international trade and arbitration experts, including two Canadians.

(5) The Federal Court has a limited jurisdiction to judicially review and set aside such NAFTA arbitration decisions. In this case, Canada relies upon four grounds for judicial review:

(i) The U.S. company SDMI making the arbitration claim is not an "investor", and the Canadian

l'interprétation et l'application de l'article 1105 par le tribunal en l'espèce.

CONCLUSION

[76] La Cour conclut que la demande de contrôle judiciaire doit être rejetée pour les motifs suivants:

1) En vertu de l'article 1102 de l'ALÉNA, le Canada, les États-Unis et le Mexique ont convenu d'accorder aux investisseurs de leurs pays un traitement non moins favorable que celui qu'accorde un pays de l'ALÉNA à ses propres investisseurs à l'égard de leurs investissements.

2) Le chapitre 11 de l'ALÉNA établit une nouvelle cause d'action qui protège les investisseurs contre le protectionnisme ou la discrimination de l'État et un processus d'arbitrage indépendant pour le règlement des différends, qui peut être invoqué par un investisseur contre le pays de l'ALÉNA dont on allègue qu'il favorise ses propres ressortissants.

3) En l'espèce, le tribunal d'arbitrage a établi que la loi du Canada interdisant les exportations de BPC ne visait pas une fin environnementale légitime, mais visait à protéger les entreprises canadiennes de la concurrence des États-Unis. Cette conclusion relevait de la compétence du tribunal arbitral selon le chapitre 11 de l'ALÉNA.

4) La décision du tribunal arbitral portant que le Canada manquait aux obligations que lui impose l'ALÉNA et qu'il avait la responsabilité de payer à SDMI des dommages-intérêts de 6 050 000 \$ plus les intérêts, de verser 500 000 \$ de frais d'avocats et 350 000 \$ de frais d'arbitrage, a été prise à l'unanimité par trois experts en commerce international et en arbitrage, dont deux Canadiens.

5) La Cour fédérale possède une compétence limitée à l'égard du contrôle judiciaire et de l'annulation de décisions d'arbitrage en vertu de l'ALÉNA. Dans la présente affaire, le Canada fonde sa demande de contrôle judiciaire sur quatre motifs:

i) la société américaine SDMI qui a soumis une plainte à l'arbitrage n'est pas un «investisseur» et la

company, Myers Canada, is not an “investment of the investor” as those terms are defined under Chapter 11 of NAFTA so that the arbitration claim is beyond the scope of the Tribunal’s jurisdiction;

(ii) The U.S. company SDMI is involved with “cross-border trade in services” which is governed by Chapter 12 of NAFTA, and which is beyond the scope of the Chapter 11 arbitration tribunal’s jurisdiction;

(iii) The arbitration claim that Canada breached its Articles 1102 and 1105 NAFTA obligations are disputes not contemplated or falling within the terms of the submission to arbitration because the Tribunal has misapplied the law with respect to those two Articles in this case;

(iv) The Arbitration Tribunal’s decision conflicts with public policy of Canada and is subject to being set aside for that reason;

(6) The Court concludes that article 21 of the *UNCITRAL Arbitration Rules* bars Canada from challenging the Tribunal’s jurisdiction with respect to whether the U.S. company SDMI is an “investor” entitled to bring the arbitration claim, and whether the arbitration claim relates to Chapter 12 “cross-border trade in services”;

(7) In the alternative, the Court concludes that the broad nature of the definition of “investor” and “investment of an investor”, reasonably support the Tribunal finding that SDMI was an “investor” and that Myers Canada was an “investment of an investor”;

(8) The NAFTA definition of “investment of an investor of a party” means an investment owned or controlled directly or indirectly by such an investor. In this case, whether SDMI indirectly controlled Myers Canada was a question of fact. On the evidence the Tribunal found that SDMI indirectly controlled Myers Canada, its Canadian investment. In fact, SDMI was a family business which advanced funds for the operation of Myers Canada, which provided personnel and technical

société canadienne, Myers Canada, n’est pas un «investissement effectué par l’investisseur» selon la définition de ces termes figurant au chapitre 11 de l’ALÉNA de sorte que la demande d’arbitrage excède la compétence du tribunal;

ii) la société américaine SDMI est engagée dans le «commerce transfrontières de services» qui est régi par le chapitre 12 de l’ALÉNA et qui excède la compétence du tribunal d’arbitrage en vertu du chapitre 11;

iii) la plainte soumise à l’arbitrage selon laquelle le Canada a manqué à ses obligations au titre des articles 1102 et 1105 de l’ALÉNA n’est pas un différend du type de ceux qui sont envisagés ou visés par les termes du compromis ou de la clause compromissoire parce que le tribunal a mal appliqué ces deux articles de la loi en l’espèce;

iv) la décision du tribunal d’arbitrage est contraire à l’ordre public du Canada et peut faire l’objet d’une annulation pour ce motif.

6) La Cour conclut que l’article 21 du *Règlement d’arbitrage de la CNUDCI* empêche le Canada de soulever l’exception d’incompétence du tribunal pour décider si la société américaine SDMI est un «investisseur» ayant la capacité de soumettre une plainte à l’arbitrage et si la demande d’arbitrage concerne le chapitre 12 relatif au «commerce transfrontières de services».

7) À titre subsidiaire, la Cour conclut que la portée large de la définition d’«investisseur» et d’«investissement effectué par un investisseur» fonde raisonnablement la conclusion du tribunal portant que SDMI était un «investisseur» et que Myers Canada était un «investissement effectué par un investisseur».

8) La définition de l’ALÉNA d’«investissement effectué par un investisseur d’une Partie» s’entend d’un investissement possédé ou contrôlé, directement ou indirectement, par cet investisseur. En l’espèce, le fait de savoir si SDMI contrôlait indirectement Myers Canada était une question de fait. En se fondant sur la preuve, le tribunal a conclu que SDMI contrôlait indirectement Myers Canada, son investissement au Canada. En réalité, SDMI était une entreprise familiale qui avançait des

support for Myers Canada, and which directed and controlled every decision of Myers Canada.

(9) Also in the alternative, the Court concludes that SDMI did have investment in Canada so that SDMI was entitled to submit a claim to arbitration under Chapter 11 with respect to its investments. The rights and obligations under Chapters 11 and 12 are cumulative, and not mutually exclusive;

(10) The Canadian submission that the Tribunal erred in law in applying Articles 1102 and 1105 in this case is a matter outside the Court's authority under Article 34 to judicially review. A dispute falling within the terms of the submission to arbitration, even if wrongly decided on a point of fact or law, cannot be judicially reviewed;

(11) In the alternative, the application of Article 1102 in this case is a question of mixed fact and law. The Tribunal's decision was reasonably open to it because the comparison of "in like circumstances" used in Article 1102 is a flexible benchmark which can be expanded or contracted as appropriate to suit the particular facts of each case. The Court expresses no opinion with respect to Article 1105 since the same damages flow from a breach of Article 1102 so that Article 1105 is redundant; and,

(12) While article 34 provides that a Court may set aside an award where "it is in conflict with the public policy of Canada", public policy does not refer to a political position, it refers to "fundamental notions and principles of justice". In this case the Tribunal's decision does not breach fundamental notions and principles of justice so that the decision is not in conflict with the public policy of Canada.

DISPOSITION

[77] For these reasons, the Court dismisses this application for judicial review with costs.

fonds pour l'exploitation de Myers Canada, qui lui fournissait du personnel et un soutien technique, et qui dirigeait et contrôlait toutes les décisions de Myers Canada.

9) À titre subsidiaire également, la Cour conclut que SDMI avait un investissement au Canada et qu'elle était habilitée à soumettre une plainte à l'arbitrage en vertu du chapitre 11 en ce qui concerne ses investissements. Les droits et obligations conférés par les chapitres 11 et 12 sont cumulatifs et non mutuellement exclusifs.

10) La prétention du Canada selon laquelle le tribunal a commis une erreur de droit en appliquant les articles 1102 et 1105 à l'espèce est une question qui excède la compétence de la Cour en matière de contrôle judiciaire selon l'article 34. Un différend qui relève des termes visés par le compromis ou les dispositions de la clause compromissoire, même s'il fait l'objet d'une décision erronée sur un point de fait ou de droit, ne peut faire l'objet d'un contrôle judiciaire.

11) À titre subsidiaire, l'application de l'article 1102 à l'espèce est une question mixte de fait et de droit. Le tribunal avait le loisir de rendre cette décision parce que la comparaison faite «dans des circonstances analogues» est un critère souple, qui peut s'élargir ou se refermer pour coller aux faits particuliers de l'espèce. La Cour ne se prononce sur l'article 1105, qui entraîne le même préjudice que le manquement à l'article 1102 et qui est de ce fait redondant.

12) L'article 34 prévoit que la Cour peut annuler une sentence arbitrale qui est «contraire à l'ordre public du Canada», mais l'ordre public ne s'entend pas d'une position politique, mais bien des «notions et principes fondamentaux de la justice». En l'espèce, la décision du tribunal ne portant pas atteinte à des notions et principes fondamentaux de la justice, elle n'est pas contraire à l'ordre public du Canada.

DISPOSITIF

[77] Pour ces motifs, la Cour rejette la demande de contrôle judiciaire avec dépens.

APPENDIX A

AUTHORITIES

1. <i>Commercial Arbitration Act</i> and <i>Commercial Arbitration Code</i>	406
2. NAFTA	408
3. <i>UNCITRAL Arbitration Rules</i>	414
4. <i>Vienna Convention on the Law of Treaties</i> ...	415

ANNEXE A

TEXTES

1. <i>Loi sur l'arbitrage commercial</i> et <i>Code d'arbitrage commercial</i>	406
2. ALÉNA	408
3. <i>Règlement d'arbitrage de la CNUDCI</i>	414
4. <i>Convention de Vienne sur le droit des traités</i> .	415

Commercial Arbitration Act

The relevant sections of the *Commercial Arbitration Act* are as follows [ss. 2, 5(1), (3), (4) (as am. by S.C. 1997, c. 14, s. 32), 6]

2. In this Act,

“Code” means the *Commercial Arbitration Code*, based on the model law adopted by the United Nations Commission on International Trade Law on June 21, 1985, as set out in the schedule;

...

5. (1) Subject to this section, the Code has the force of law in Canada.

...

(3) The Code applies to arbitral awards and arbitration agreements whether made before or after the coming into force of this Act.

(4) For greater certainty, the expression “commercial arbitration” in Article 1(1) of the Code includes

(a) a claim under Article 1116 or 1117 of the Agreement, as defined in subsection 2(1) of the *North American Free Trade Agreement Implementation Act*; . . .

...

6. In the Code, “court” or “competent court” means the Federal Court or any superior, county or district court, except where the context otherwise requires.

Commercial Arbitration Code

The relevant sections of the *Commercial Arbitration Code* are articles 1, 5, 6 and 34, as follows:

COMMERCIAL ARBITRATION CODE

(Based on the Model Law on International Commercial Arbitration as adopted by the United Nations Commission on International Trade Law on June 21, 1985)

...

*Article 1**Loi sur l'arbitrage commercial*

Les extraits pertinents de la *Loi sur l'arbitrage commercial* prévoient [art. 2, 5(1), (3), (4) (mod. par L.C. 1997, ch. 14, art. 32), 6]:

2. Les définitions qui suivent s'appliquent à la présente loi.

«Code» Le *Code d'arbitrage commercial*—figurant à l'annexe—fondé sur la loi type adoptée par la Commission des Nations Unies pour le droit commercial international le 21 juin 1985.

[. . .]

5. (1) Sous réserve des autres dispositions du présent article, le Code a force de loi au Canada.

[. . .]

(3) Le Code s'applique aux sentences arbitrales rendues et aux conventions d'arbitrage conclues avant ou après l'entrée en vigueur de la présente loi.

(4) Il est entendu que le terme «arbitrage commercial», à l'article 1-1 du Code, vise:

a) les plaintes prévues aux articles 1116 et 1117 de l'Accord au sens du paragraphe 2(1) de la *Loi de mise en œuvre de l'Accord de libre-échange nord-américain*;

[. . .]

6. Dans le Code, «tribunal» ou «tribunal compétent» s'entend, sauf indication contraire du contexte, de la Cour fédérale ou de toute cour supérieure, de district ou de comté.

Code d'arbitrage commercial

Les extraits pertinents du *Code d'arbitrage commercial* sont les articles 1, 5, 6 et 34, qui prévoient:

CODE D'ARBITRAGE COMMERCIAL

(fondé sur la loi type adoptée par la Commission des Nations Unies pour le droit commercial international le 21 juin 1985)

[. . .]

Article premier

Scope of Application

(1) This *Code* applies to commercial arbitration, subject to any agreement in force between *Canada* and any other State or States.

(2) The provisions of this *Code*, except articles 8, 9, 35 and 36, apply only if the place of arbitration is in *Canada*.

(3) This *Code* shall not affect any other law of *Parliament* by virtue of which certain disputes may not be submitted to arbitration or may be submitted to arbitration only according to provisions other than those of this *Code*.

...

*Article 5**Extent of Court Intervention*

In matters governed by this *Code*, no court shall intervene except where so provided in this *Code*.

*Article 6**Court or Other Authority for Certain Functions of Arbitration Assistance and Supervision*

The functions referred to in articles 11(3), 11(4), 13(3), 14, 16(3) and 34(2) shall be performed by the *Federal Court* or any superior, county or district court.

...

*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:

(i) a party to the arbitration agreement referred to in article 7 was under some incapacity; or the said agreement is not valid under the law to which the parties

Champ d'application

1. Le présent *code* s'applique à l'arbitrage commercial; il ne porte atteinte à aucun accord multilatéral ou bilatéral en vigueur au *Canada*.

2. Les dispositions du présent *code*, à l'exception des articles 8, 9, 35 et 36, ne s'appliquent que si le lieu de l'arbitrage est situé au *Canada*.

3. Le présent *code* ne porte atteinte à aucune autre loi fédérale en vertu de laquelle certains différends ne peuvent être soumis à l'arbitrage ou ne peuvent l'être qu'en application de dispositions autres que celles du présent *code*.

[. . .]

*Article 5.**Domaine de l'intervention des tribunaux*

Pour toutes les questions régies par le présent *code*, les tribunaux ne peuvent intervenir que dans les cas où celui-ci le prévoit.

*Article 6.**Tribunal ou autre autorité chargé de certaines fonctions d'assistance et de contrôle dans le cadre de l'arbitrage*

Les fonctions mentionnées aux articles 11-3, 11-4, 13-3, 14, 16-3 et 34-2 sont confiées à la *Cour fédérale* ou à une cour supérieure, de comté ou de district.

[. . .]

*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:

i) soit qu'une partie à la convention d'arbitrage visée à l'article 7 était frappée d'une incapacité; ou que ladite convention n'est pas valable en vertu de la loi à laquelle

have subjected it or, failing any indication thereon, under the law of *Canada*; or

(ii) the party making the application was not given proper notice of the appointment of an arbitrator or of the arbitral proceedings or was otherwise unable to present his case; or

(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

(iv) the composition of the arbitral tribunal or the arbitral procedure was not in accordance with the agreement of the parties, unless such agreement was in conflict with a provision of this *Code* from which the parties cannot derogate, or, failing such agreement, was not in accordance with this *Code*; or

(b) the court finds that:

(i) the subject-matter of the dispute is not capable of settlement by arbitration under the law of *Canada*; or

(ii) the award is in conflict with the public policy of *Canada*.

NAFTA

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;

les parties l'ont subordonnée ou, à défaut d'une indication à cet égard, en vertu de la loi *du Canada*;

ii) *soit* qu'elle n'a pas été dûment informée de la nomination d'un arbitre ou de la procédure arbitrale, ou qu'il lui a été impossible pour une autre raison de faire valoir ses droits;

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;

iv) *soit* que la constitution du tribunal arbitral, ou la procédure arbitrale, n'a pas été conforme à la convention des parties, à condition que cette convention ne soit pas contraire à une disposition de la présente loi à laquelle les parties ne peuvent déroger, ou, à défaut d'une telle convention, qu'elle n'a pas été conforme à la présente loi;

b) le tribunal constate:

i) *soit* que l'objet du différend n'est pas susceptible d'être réglé par arbitrage conformément à la loi *du Canada*;

ii) *soit* que la sentence est contraire à l'ordre public *du Canada*.

ALÉNA

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) create effective procedures for the implementation and application of this Agreement, for its joint administration and for the resolution of disputes; and

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 201: Definitions of General Application

...

enterprise means any entity constituted or organized under applicable law, whether or not for profit, and whether privately-owned or governmentally-owned, including any corporation, trust, partnership, sole proprietorship, joint venture or other association.

...

INVESTMENT, SERVICES AND RELATED MATTERS

Chapter Eleven: Investment

Section A—Investment

...

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

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) 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 201: Définitions d'application générale

[...]

entreprise désigne toute entité constituée ou organisée légalement, à des fins lucratives ou non, et possédée par le secteur privé ou le secteur public, y compris toute société, fiducie, société de personnes, entreprise individuelle, cœntreprise, ou autre association;

[...]

INVESTISSEMENT, SERVICES ET QUESTIONS CONNEXES

Chapitre 11: Investissement

Section A—Investissement

[...]

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

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.

...

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.

...

Section B—Settlement of Disputes between a Party and an Investor of Another Party

Article 1115: Purpose

Without prejudice to the rights and obligations of the Parties under Chapter Twenty (Institutional Arrangements and Dispute Settlement Procedures), this Section establishes a mechanism for the settlement of investment disputes that assures both equal treatment among investors of the Parties in accordance with the principle of international reciprocity and due process before an impartial tribunal.

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.

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: 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.

[...]

Section B—Règlement des différends entre une Partie et un investisseur d'une autre Partie

Article 1115: Objet

Sans préjudice des droits et obligations des Parties aux termes du chapitre 20 (Dispositions institutionnelles et procédures de règlement des différends), la présente section établit, en ce qui concerne le règlement des différends en matière d'investissement, un mécanisme qui assure un traitement égal aux investisseurs des Parties, en conformité avec le principe de la réciprocité internationale, et garantit l'application régulière de la loi devant un tribunal impartial.

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

...

[...]

Article 1136: Finality and Enforcement of an Award

1. An award made by a Tribunal shall have no binding force except between the disputing parties and in respect of the particular case.

2. Subject to paragraph 3 and the applicable review procedure for an interim award, a disputing party shall abide by and comply with an award without delay.

3. A disputing party may not seek enforcement of a final award until:

(a) in the case of a final award made under the ICSID Convention

(i) 120 days have elapsed from the date the award was rendered and no disputing party has requested revision or annulment of the award, or

(ii) revision or annulment proceedings have been completed; and

(b) in the case of a final award under the ICSID Additional Facility Rules or the UNCITRAL Arbitration Rules

(i) three months have elapsed from the date the award was rendered and no disputing party has commenced a proceeding to revise, set aside or annul the award, or

(ii) a court has dismissed or allowed an application to revise, set aside or annul the award and there is no further appeal.

4. Each Party shall provide for the enforcement of an award in its territory.

5. If a disputing Party fails to abide by or comply with a final award, the Commission, on delivery of a request by a Party whose investor was a party to the arbitration, shall establish a panel under Article 2008 (Request for an Arbitral Panel). The requesting Party may seek in such proceedings:

(a) a determination that the failure to abide by or comply with the final award is inconsistent with the obligations of this Agreement; and

(b) a recommendation that the Party abide by or comply with the final award.

6. A disputing investor may seek enforcement of an arbitration award under the ICSID Convention, the New York Convention

Article 1136: Irrévocabilité et exécution d'une sentence

1. Une sentence rendue par un tribunal n'aura aucune force obligatoire si ce n'est entre les parties contestantes et à l'égard de l'espèce considérée.

2. Sous réserve du paragraphe 3 et de la procédure d'examen applicable dans le cas d'une sentence provisoire, une partie contestante devra se conformer sans délai à une sentence finale.

3. Une partie contestante ne pourra demander l'exécution d'une sentence finale,

a) dans le cas d'une sentence finale rendue en vertu de la Convention CIRDI, que

(i) si 120 jours se sont écoulés depuis la date à laquelle la sentence a été rendue et qu'aucune partie contestante n'a demandé la révision ou l'annulation de la sentence, ou

(ii) si la procédure de révision ou d'annulation a été complétée, et

b) dans le cas d'une sentence finale rendue aux termes du Règlement du mécanisme supplémentaire du CIRDI ou des Règles d'arbitrage de la CNUDCI, que

(i) si trois mois se sont écoulés depuis la date à laquelle la sentence a été rendue et qu'aucune partie contestante n'a engagé une procédure de révision ou d'annulation de la sentence, ou

(ii) si un tribunal judiciaire a rejeté ou accueilli une demande de révision ou d'annulation de la sentence et qu'aucun appel n'a été par la suite interjeté.

4. Chacune des Parties devra assurer l'exécution d'une sentence arbitrale sur son territoire.

5. Si une Partie contestante néglige de respecter une sentence finale, la Commission, à la demande d'une Partie dont un investisseur était partie à l'arbitrage, devra instituer un groupe spécial aux termes de l'article 2008 (Demande d'institution d'un groupe spécial arbitral). La Partie requérante pourra rechercher, dans cette procédure:

a) une décision selon laquelle le refus de respecter la sentence finale et de s'y conformer est incompatible avec les obligations du présent accord; et

b) une recommandation demandant que la Partie respecte la décision finale et s'y conforme.

6. Un investisseur contestant pourra demander l'exécution d'une sentence arbitrale en vertu de la Convention CIRDI, de

or the InterAmerican Convention regardless of whether proceedings have been taken under paragraph 5.

7. A claim that is submitted to arbitration under this Section shall be considered to arise out of a commercial relationship or transaction for purposes of Article I of the New York Convention and Article I of the InterAmerican Convention.

...

Section C—Definitions

Article 1139: Definitions

For purposes of this Chapter:

...

enterprise means an “enterprise” as defined in Article 201 (Definitions of General Application), and a branch of an enterprise;

enterprise of a Party means an enterprise constituted or organized under the law of a Party, and a branch located in the territory of a Party and carrying out business activities there.

...

investment means:

- (a) an enterprise;
- (b) an equity security of an enterprise;
- (c) a debt security of an enterprise
 - (i) where the enterprise is an affiliate of the investor, or
 - (ii) where the original maturity of the debt security is at least three years,

but does not include a debt security, regardless of original maturity, of a state enterprise;

- (d) a loan to an enterprise
 - (i) where the enterprise is an affiliate of the investor, or
 - (ii) where the original maturity of the loan is at least three years,

but does not include a loan, regardless of original maturity, to a state enterprise;

- (e) an interest in an enterprise that entitles the owner to share in income or profits of the enterprise;

la Convention de New York ou de la Convention interaméricaine, que la procédure ait ou non été prise aux termes du paragraphe 5.

7. Une plainte qui est soumise à l'arbitrage en vertu de la présente section sera réputée découler d'une relation ou d'une transaction commerciale aux fins de l'article I de la Convention de New York et de l'article I de la Convention interaméricaine.

[...]

Section C—Définitions

Article 1139: Définitions

Aux fins du présent chapitre:

[...]

entreprise a le même sens qu'à l'article 201 (Définitions d'application générale), et comprend une succursale d'une entreprise;

entreprise d'une Partie désigne une entreprise constituée ou organisée aux termes de la législation d'une Partie, y compris une succursale située sur le territoire d'une Partie et y menant des activités commerciales;

[...]

investissement désigne:

- a) une entreprise;
- b) un titre de participation d'une entreprise;
- c) un titre de créance d'une entreprise
 - (i) lorsque l'entreprise est une société affiliée de l'investisseur, ou
 - (ii) lorsque l'échéance originelle du titre de créance est d'au moins trois ans,

mais n'englobe pas un titre de créance, quelle que soit l'échéance originelle, d'une entreprise d'État;

- d) un prêt à une entreprise
 - (i) lorsque l'entreprise est une société affiliée de l'investisseur, ou
 - (ii) lorsque l'échéance originelle du prêt est d'au moins trois ans,

mais n'englobe pas un prêt, quelle que soit l'échéance originelle, à une entreprise d'État;

- e) un avoir dans une entreprise qui donne au titulaire le droit de participer aux revenus ou aux bénéfices de l'entreprise;

(f) an interest in an enterprise that entitles the owner to share in the assets of that enterprise on dissolution, other than a debt security or a loan excluded from subparagraph (c) or (d);

(g) real estate or other property, tangible or intangible, acquired in the expectation or used for the purpose of economic benefit or other business purposes; and

(h) interests arising from the commitment of capital or other resources in the territory of a Party to economic activity in such territory, such as under

(i) contracts involving the presence of an investor's property in the territory of the Party, including turnkey or construction contracts, or concessions, or

(ii) contracts where remuneration depends substantially on the production, revenues or profits of an enterprise;

but investment does not mean,

(i) claims to money that arise solely from

(i) commercial contracts for the sale of goods or services by a national or enterprise in the territory of a Party to an enterprise in the territory of another Party, or

(ii) the extension of credit in connection with a commercial transaction, such as trade financing, other than a loan covered by subparagraph (d); or

(j) any other claims to money,

that do not involve the kinds of interests set out in subparagraphs (a) through (h);

investment of an investor of a Party means an investment owned or controlled directly or indirectly by an investor of such Party;

investor of a Party means a Party or state enterprise thereof, or a national or an enterprise of such Party, that seeks to make, is making or has made an investment;

...

f) un avoir dans une entreprise qui donne au titulaire le droit de recevoir une part des actifs de cette entreprise au moment de la dissolution, autre qu'un titre de créance ou qu'un prêt exclu de l'alinéa c) ou d);

g) les biens immobiliers ou autres biens corporels et incorporels acquis ou utilisés dans le dessein de réaliser un bénéfice économique ou à d'autres fins commerciales;

h) les intérêts découlant de l'engagement de capitaux ou d'autres ressources sur le territoire d'une Partie pour une activité économique exercée sur ce territoire, par exemple en raison:

(i) de contrats qui supposent la présence de biens de l'investisseur sur le territoire de la Partie, notamment des contrats clé en main, des contrats de construction ou des concessions, ou

(ii) de contrats dont la rémunération dépend en grande partie de la production, du chiffre d'affaires ou des bénéfices d'une entreprise;

mais ne désigne pas

i) les créances découlant uniquement:

(i) de contrats commerciaux pour la vente de produits ou de services par un ressortissant ou une entreprise sur le territoire d'une Partie à une entreprise située sur le territoire d'une autre Partie; ou

(ii) de l'octroi de crédits pour une opération commerciale, telle que le financement commercial, autre qu'un prêt visé à l'alinéa d); ou

j) toute autre créance,

qui ne suppose pas le versement des intérêts visés aux alinéas a) à h);

investissement effectué par un investisseur d'une Partie désigne un investissement possédé ou contrôlé, directement ou indirectement, par un investisseur de cette Partie;

investisseur d'une Partie désigne une Partie ou une entreprise d'État de cette Partie, ou un ressortissant ou une entreprise de cette Partie, qui cherche à effectuer, effectue ou a effectué un investissement;

[. . .]

Chapter Twelve: Cross-Border Trade in Services

Article 1201: Scope and Coverage

1. This Chapter applies to measures adopted or maintained by a Party relating to cross-border trade in services by service providers of another Party, including measures respecting:

Chapitre 12: Commerce transfrontières des services

Article 1201: Portée et champ d'application

1. Le présent chapitre s'applique aux mesures adoptées ou maintenues par une Partie relativement au commerce transfrontières de services effectué par des fournisseurs de services d'une autre Partie, y compris les mesures concernant:

...

[. . .]

Article 1213: Definitions**Article 1213: Définitions**

...

[. . .]

cross-border provision of a service or cross-border trade in services means the provision of a service:

prestation transfrontières d'un service ou commerce transfrontières de services signifie la prestation d'un service:

- (a) from the territory of a Party into the territory of another Party,
- (b) in the territory of a Party by a person of that Party to a person of another Party, or
- (c) by a national of a Party in the territory of another Party,

- a) en provenance du territoire d'une Partie et à destination du territoire d'une autre Partie;
- b) sur le territoire d'une Partie, par une personne de cette Partie, à une personne d'une autre Partie; ou
- c) par un ressortissant d'une Partie sur le territoire d'une autre Partie,

but does not include the provision of a service in the territory of a Party by an investment, as defined in Article 1139 (Investment Definitions), in that territory; [Underlining added.]

mais ne comprend pas la prestation d'un service sur le territoire d'une Partie par un investissement, défini à l'article 1139 (Investissement Définitions), qui est situé sur ce territoire; [Non souligné dans l'original.]

*UNCITRAL Arbitration Rules**Règlement d'arbitrage de la CNUDCI**PLEAS AS TO THE JURISDICTION
OF THE ARBITRAL TRIBUNAL**DÉCLINATOIRE DE COMPÉTENCE ARBITRALE***Article 21****Article 21**

1. The arbitral tribunal shall have the power to rule on objections that it has no jurisdiction, including any objections with respect to the existence or validity of the arbitration clause or of the separate arbitration agreement.

1. Le tribunal arbitral peut statuer sur les exceptions prises de son incompétence, y compris toute exception relative à l'existence ou la validité de la clause compromissoire ou de la convention distincte d'arbitrage.

2. The arbitral tribunal shall have the power to determine the existence or the validity of the contract of which an arbitration clause forms a part. For the purposes of article 21, an arbitration clause which forms part of a contract and which provides for arbitration under these Rules shall be treated as an agreement independent of the other terms of the contract. A decision by the arbitral tribunal that the contract is null and void shall not entail *ipso jure* the invalidity of the arbitration clause.

2. Le tribunal arbitral a compétence pour se prononcer sur l'existence ou la validité du contrat dont la clause compromissoire fait partie. Aux fins de l'article 21, une clause compromissoire qui fait partie d'un contrat et qui prévoit l'arbitrage en vertu du présent Règlement sera considérée comme une convention distincte des autres clauses du contrat. La constatation de la nullité du contrat par le tribunal arbitral n'entraîne pas de plein droit la nullité de la clause compromissoire.

3. A plea that the arbitral tribunal does not have jurisdiction shall be raised not later than in the statement of defence or, with respect to a counter-claim, in the reply to the counter-claim.

3. L'exception d'incompétence doit être soulevée au plus tard lors du dépôt de la réponse ou, en cas de demande reconventionnelle, de la réplique.

4. In general, the arbitral tribunal should rule on a plea concerning its jurisdiction as a preliminary question. However, the arbitral tribunal may proceed with the arbitration and rule on such a plea in their final award.

4. D'une façon générale, le tribunal arbitral statue sur l'exception d'incompétence en la traitant comme question préalable. Il peut cependant poursuivre l'arbitrage et statuer sur cette exception dans sa sentence définitive.

Vienna Convention on the Law of Treaties

Convention de Vienne sur le droit des traités

SECTION 3. INTERPRETATION OF TREATIES

SECTION 3. INTERPRÉTATION DES TRAITÉS

ARTICLE 31

ARTICLE 31

General rule of interpretation

Règle générale d'interprétation

1. A treaty shall be interpreted in good faith in accordance with the ordinary meaning to be given to the terms of the treaty in their context and in the light of its object and purpose.

1. Un traité doit être interprété de bonne foi suivant le sens ordinaire à attribuer aux termes du traité dans leur contexte et à la lumière de son objet et de son but.