

Cour Permanente d'Arbitrage

Affaire CPA N° 2017-30-

FONDATION ESPAGNOLE « PRÉSIDENT ALLENDE »,

VICTOR PEY CASADO ET CORAL PEY GREBE

CONTRE L'ÉTAT DU CHILI

**OBSERVATIONS SUR LES EXCEPTIONS À LA COMPÉTENCE
FORMULÉES PAR L'ÉTAT DÉFENDEUR ET BIFURQUÉES SUR
ORDRE DU TRIBUNAL ARBITRAL**

Que les Demanderesses soumettent au Tribunal arbitral conformément à sa Décision du 26 juin 2018, à l'article 21(4) du Règlement de la CNUDCI (1976), aux articles 10(1), 10(3) et 10(5) de l'API Espagne-Chili, à l'article 186 de la Loi fédérale suisse sur le droit international privé (chapitre 12) et à la jurisprudence des tribunaux suisses relative à l'autorité de la chose jugée.

Présentées par le Dr Juan E. Garcés, représentant des Demanderesses, avec la coopération du professeur Robert L. Howse, New York University School of Law, et de Me Hernan Garcés Duran (Garcés y Prada, Abogados, Madrid)

Madrid le 17 septembre 2018

Table des matières

INTRODUCTION	4
1. Les Sentences et Décisions arbitrales prononcées sous la juridiction du CIRDI sont obligatoires pour les mêmes parties et le présent Tribunal arbitral	7
Le 14 septembre 2016 l'État du Chili a proclamé la fin de la procédure initiée le 3 novembre 1997 devant le CIRDI.....	25
II. Remarque/objection à sept constatations de fait énoncées dans « l'Histoire de la Procédure ».	27
III. Le consentement à la compétence du Tribunal arbitral est établi dans l'API	51
1. Les Demanderesses ont le droit d'agir et l'investissement a la qualité d'investissement étranger au sens de l'API. <i>Res iudicata</i>	52
2. L'article 2(2) de l'API établit la compétence <i>ratione temporis</i> du Tribunal arbitral.....	53
3. Les dispositions substantielles de l'API confirment la compétence du Tribunal	62
4. L'État a consenti à la juridiction du Tribunal sous les Règles de la CNUDCI et au choix du for par les Demandeurs dans la clause de solution de conflits et d'arbitrage de l'API	64
5. L'article 10(2) de l'API	65
IV. RÉPONSE AUX TROIS ARGUMENTS D'INCOMPÉTENCE RESUMÉS DANS LA DÉCISION DU TRIBUNAL ARBITRAL DU 26 JUIN 2018	66
IV.1. ARGUMENT N° 1 :	67
L'invocation que fait l'État Défendeur de l'article 26 de la Convention du CIRDI n'a pas de fondement, est contradictoire et sans pertinence en l'espèce.....	68
Six images virtuelles fallacieuses créés par la Défenderesse.....	76
IV.2. ARGUMENT N° 2 :	81
Le sens et la portée de l'article 10(3) sont subordonnés aux articles 2(2) et 10(1) de l'API.....	82
Le choix du for relève de l'investisseur. Le Chili a consenti à la compétence du Tribunal sous les Règles de la CNUDCI de manière explicite, anticipée, obligatoire et irrévocable.....	90
Invocation du standard de la Nation la Plus Favorisée	93
IV.3. ARGUMENT N° 3 :	98
L'intention d'opposer les articles 10(5) de l'API et 53(1) de la Convention du CIRDI n'a pas d'ancrage en l'espèce.....	98
V. RÉFUTATION DES QUATRE EXCEPTIONS D'INCOMPÉTENCE BIFURQUÉES SELON LA DÉCISION DU TRIBUNAL ARBITRAL DU 26 JUIN 2018.....	99
EXCEPTION n° 1: <i>le Tribunal ne serait pas compétent pour accorder les demandes de condamnation formulées par les Demandeurs</i>	102
Le droit à l'arbitrage et la Sentence arbitrale du 8 mai 2008 sont constitutifs d'un investissement au sens de l'API	107
Il n'y a pas de conflit de juridictions ni de procédures parallèles en l'espèce	116
L'injonction interruptive que l'État chilien a tenté d'obtenir n'a pas été acceptée par le 2 ^{ème} Comité <i>ad hoc</i> du CIRDI.....	117
En cas de contrariété, la <i>res iudicata</i> de la Sentence initiale de 2008 prévaudrait sur d'éventuelles conclusions opposées figurant dans celle de 2016.....	123
EXCEPTION N° 2 : <i>l'API ne s'appliquerait à aucune des demandes formulées</i>	134
I. Il est <i>res iudicata</i> que l'investissement de M. Pey et de la FPA dans CPP S.A. serait sous la protection de l'API même si la confiscation avait été légalement consommée	134
II. La Sentence arbitrale de 2016 n'a pu que confirmer l'existence de l'investissement dans CPP S.A. après l'entrée en vigueur de l'API.....	142
III. La Sentence arbitrale de 2016 a admis la possibilité « <i>que l'investissement est, en droit, resté la propriété de M. Pey Casado et/ou de la Fondation.</i> »	142
La Sentence arbitrale de 2008 a tranché que l'investissement dans CPP S.A. au sens de l'API existe après l'entrée en vigueur de celui-ci. <i>Res iudicata</i>	143

La Sentence arbitrale de 2008 a tranché qu'après l'entrée en vigueur de l'API ont eu lieu des violations de l'API <i>résidant essentiellement dans la Décision n°43 [du 28 avril 2000] et le déni de justice qui lui est lié</i> (SI, §§464, 623, 674, 679).....	145
La Sentence arbitrale de 2008 a tranché que l'État du Chili a reconnu devant le Tribunal arbitral l'invalidité des confiscations sous la dictature militaire	146
La Sentence arbitrale de 2016 a réitéré que pèse toujours sur l'État l'obligation imposée dans la Sentence de 2008 de garantir les droits établis à l'article 4 de l'API.	147
L'État Défendeur n'a pas déposé la traduction des Rapports de ses experts	151
Le rapport de causalité entre les violations de l'article 4 de l'API en 2000 et 2002 et le dommage causé par celles-ci est établi dans la Sentence arbitrale initiale	152
EXCEPTION N° 3 : <i>le Tribunal ne serait pas compétent pour connaître des demandes concernant la prétendue inexécution de la Première Sentence</i>	154
Le Tribunal a compétence sur toute controverse pour manquement de la Défenderesse aux obligations qui lui incombent en vertu de la Sentence arbitrale de 2008 et des articles 3, 4, 5 et 10(5) de l'API	155
La compétence du Tribunal arbitral est conforme à la jurisprudence du Tribunal Suprême Fédéral suisse.....	163
EXCEPTION n° 4 : <i>le Tribunal ne serait pas compétent pour connaître de la question relative à l'État du Chili et des membres des Essex Court Chambers</i>	164
PLAISE AU TRIBUNAL ARBITRAL	178

INTRODUCTION

1. Conformément à la Décision du 26 juin 2018 les parties Demanderesses répondent ci-après aux quatre exceptions bifurquées sur la compétence que l'État Défendeur (ci-après, « l'État ») a soulevées. Après un bref résumé des antécédents et des principales normes applicables (I), la Réponse identifiera sept remarques/objections que soulève l'« Historique de la procédure » contenu dans cette Décision (II) démontrera que le consentement impératif du Chili à la compétence du Tribunal est établi dans l'API (III), pour ensuite réfuter les trois arguments que résume la Décision (IV) et chacune des quatre exceptions bifurquées (V).

L'objet du **Mémoire** sur la compétence et le fond du 6 janvier 2018 (ci-après le « **Mémoire** ») et ses arguments logiques, ciblés, portent i) sur des controverses relatives à l'investissement dans le sens de l'API et sur des actes de l'État manquant à des obligations établies dans celui-ci, ii) qui sont constitutifs d'un déni de justice en vue d'empêcher les Demanderesses de poursuivre valablement leurs demandes et expertises fondées sur l'autorité de la chose jugée de la Sentence arbitrale du 8 mai 2008 (ci-après la « SI »)¹ et la *restitutio in integrum* selon le standard de l'affaire *Chorzów*, iii) de leur fermer la porte d'accès aux Tribunaux internationaux et nationaux, iv) et sur le fait que l'État ait déclaré en 2009 que M. Pey aurait « abandonnée » la procédure interne après le Jugement du 24 juillet 2008 du 1^{er} Tribunal civil de Santiago dont il n'avait pas été notifié (cette dernière question le Tribunal arbitral a décidé de la joindre au fond de l'affaire)².

L'un des traits communs à toutes les exceptions à la compétence soumises par l'État est d'attribuer au **Mémoire** des questions qu'il ne soulève pas, ou qu'il aurait soulevé des faits postérieurs au 8 mai 2008 hors la compétence du Tribunal de Réexamen du CIRDI (ci-après le «TR»), ou des questions tranchées par des décisions, dont l'État omet soigneusement les fondements, prises dans un cadre juridique différent de celui qui prévaut depuis le 8 mai 2008.

¹ Pièce C14, accessible dans <https://bit.ly/2s969gu>

² Décision du Tribunal arbitral du 26 juin 2018, §§79, 80, 116-117

Contrairement à ce que suggère l'État, il ne s'agit nullement dans le **Mémoire** d'une resoumission de la Requête d'arbitrage initiale du 3 novembre 1997, traitée par le Tribunal arbitral initial du CIRDI (ci-après le « *TI* ») et rejetée par la SI du 8 mai 2008 . C'est une **demande** nouvelle sur la justice refusée aux investisseurs par la conduite de l'État à l'encontre de ce qui est *res iudicata* dans cette SI, bloquant leur accès aux recours disponibles dans le cadre constitutionnel et légal impérativement applicable en l'espèce.

Le fait que les droits à réparation des Demanderesses surgissent dans un contexte de comportements antérieurs à l'entrée en vigueur de l'API le 29 mars 1994, et que le blocage par l'État d'une voie de redressement différente en vertu de la loi 19.568 de 1998³ relevait de la compétence du premier tribunal CIRDI, n'exonère en rien la responsabilité internationale de l'État pour des actes de déni de justice envers les investisseurs après le 8 mai 2008. Ces derniers attirent respectueusement l'attention du Tribunal sur les principes énoncés dans la sentence *Mondev*, en particulier au §70 et ss⁴ :

70. Thus events or conduct prior to the entry into force of an obligation for the respondent State may be relevant in determining whether the State has subsequently committed a breach of the obligation. But it must still be possible to point to conduct of the State after that date which is itself a breach. (...) The mere fact that earlier conduct has gone unremedied or unredressed when a treaty enters into force does not justify a tribunal applying the treaty retrospectively to that conduct. Any other approach would subvert both the intertemporal principle in the law of treaties and the basic distinction between breach and reparation which underlies the law of State responsibility.

71. It is true that the obligation to compensate as a condition for a lawful expropriation (...) does not require that the award of compensation should occur at exactly the same time as the taking. But for a taking to be lawful (...), at least the obligation to compensate must be recognised by the taking State at the time of the taking, or a procedure must exist at that time which the claimant may effectively and promptly invoke in order to ensure compensation. A "taking" of property, not acknowledged as such by the government concerned and not accompanied by any offer of compensation, is not rendered conditionally lawful by the contingency that the aggrieved party may sue in the local courts for conversion or for breach

³ **Pièce C193**, loi 19.568 du 25 juin 1998, portant restitution ou indemnisation pour les biens confisqués en application du Décret-loi n° 77 de 1973

⁴ **Pièce C142**, *Mondev v. USA*, ICSID, Case ARB(AF)/99/2, Award, 11 oct. 2002

of contract. There is a distinction between compensation offered or provided for a lawful taking of property and damages for the wrongful seizure of property.

Les articles 26⁵, 31(1), 31(3)(b)(c) et (4)⁶, 32⁷ et 64⁸ de la Convention de Vienne sur le droit des traités -en vigueur en Espagne et au Chili depuis le 16 mai 1972 et le 9 avril 1981, respectivement- les principes de droit international confirmés dans les articles 29⁹, 30¹⁰ et 31¹¹ du Projet d'articles de la CDI sur la responsabilité de l'État pour fait internationalement illicite, sont enfreints dans les exceptions à la compétence du Tribunal arbitral que soulève la Défenderesse.

Conformément à la jurisprudence du Tribunal Fédéral Suisse

*« Comme tout traité, le TBI 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 (art. 31 al. 1 CV; ATF 141 III 495 consid. 3.5.1 p. 503). En vertu de l'art. 31 al. 2 CV, le préambule est un élément constitutif du contexte. »*¹²

⁵ Article 26: **Pacta sunt servanda.** Tout traité en vigueur lie les parties et doit être exécuté par elles de bonne foi

⁶ Article 31: **Règle générale d'interprétation.** 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. (...) 3. Il sera tenu compte, en même temps que du contexte (...) b) de toute pratique ultérieurement suivie dans l'application du traité par laquelle est établi l'accord des parties à l'égard de l'interprétation du traité; c) de toute règle pertinente de droit international applicable dans les relations entre les parties. 4. Un terme sera entendu dans un sens particulier s'il est établi que telle était l'intention des parties.

⁷ Article 32: **Moyens complémentaires d'interprétation.** Il peut être fait appel à des moyens complémentaires d'interprétation, et notamment aux travaux préparatoires et aux circonstances dans lesquelles le traité a été conclu, en vue, soit de confirmer le sens résultant de l'application de l'art. 31, soit de déterminer le sens lorsque l'interprétation donnée conformément à l'art. 31: a) laisse le sens ambigu ou obscur; ou b) conduit à un résultat qui est manifestement absurde ou déraisonnable.

⁸ Article 64: **Survenance d'une nouvelle norme impérative du droit international général (jus cogens).** Si une nouvelle norme impérative du droit international général survient, tout traité existant qui est en conflit avec cette norme devient nul et prend fin.

⁹ Article 29 : « **Maintien du devoir d'exécuter l'obligation.** Les conséquences juridiques d'un fait internationalement illicite prévues dans la présente partie n'affectent pas le maintien du devoir de l'État responsable d'exécuter l'obligation violée. »

¹⁰ Article 30 : « **Cessation et non-répétition.** L'État responsable du fait internationalement illicite a l'obligation: a) d'y mettre fin si ce fait continue » ; le commentaire de la CDI précise que « le mot «fait» désigne aussi bien une action qu'une omission. La cessation s'applique donc à tous les faits illicites qui se prolongent dans le temps, 'que le comportement de l'État auteur soit une action ou une omission ... puisqu'il peut y avoir cessation dans une abstention d'agir'. » Voir la **pièce C264**, *LG&E Energy Corp. v. Argentine*, ICSID Case No. ARB/02/1, Sentence, 25 juillet 2007, §85, et les arrêts de la CIJ *Activités militaires au Nicaragua*, 27 juin 1986, page 149 (**pièce C465**), *Personnel diplomatique et consulaire*, 24 mai 1980, §§ 77-78 et 95(1) (**pièce C466**), *Haya de la Torre*, 3 Juin 1951, p.82 (**pièce C467**)

¹¹ Article 31 : «**Réparation.** 1. L'État responsable est tenu de réparer intégralement le préjudice causé par le fait internationalement illicite. 2. Le préjudice comprend tout dommage, tant matériel que moral, résultant du fait internationalement illicite de l'État. »

¹² **Pièce C503**, Arrêt du Trib. Fédéral suisse du 20 septembre 2016, 4A 616/2015, §3.4.2

Conformément à l'article 31 du Projet de la CDI, depuis la SI l'État a l'obligation de réparer intégralement tout dommage (*Chorzów*), le préjudice subi du fait des actes illicites commis pouvant constituer, selon la SI, «un acte composite comprenant une série d'atteintes au traitement juste et équitable de l'investissement des parties demanderesse, résidant essentiellement dans la Décision n°43 et le déni de justice allégué qui lui est lié» (SI, §623), ou un fait complexe et composite de faits nouveaux étayé dans le **Mémoire** (section VI).

La SI indique très clairement le lien entre le déni de justice et la Décision 43 dans les §§635 et 636 (voir *infra* §11(2)). Le *Counter-Memorial* de l'État du Chili (ci-après le « *Counter-Memorial* ») s'efforce d'occulter soigneusement¹³ que dans ce lien figure l'un des rapports de causalité entre les actes enfreignant l'API, le préjudice et le dommage à indemniser aux investisseur (voir le §674, les points 2 et 3 du Dispositif de la SI, *res iudicata*, et le §71 *infra*).

Les exceptions à la compétence du Tribunal arbitral enfreignent ces obligations internationales pour les motifs étayés dans les écritures des Demanderesses des 12 avril 2017, 8 novembre 2017, dans le **Mémoire** (Section III) et ceux qui seront développés ci-après.

I

1. Les Sentences et Décisions arbitrales prononcées sous la juridiction du CIRDI sont obligatoires pour les mêmes parties et le présent Tribunal arbitral

2. Il ne fait pas de doute que la *res iudicata* est un principe de droit international,

“Le principe de l'autorité de la chose jugée répond, tant dans l'ordre international que dans l'ordre interne, à deux objectifs, l'un général, l'autre particulier. Premièrement, la stabilité des relations juridiques exige qu'il soit mis un terme au différend considéré. La fonction de la Cour est, selon l'article 38 du Statut, de «régler» les «différends qui lui ont soumis», c'est-à-dire d'y mettre un terme. Deuxièmement, il est dans l'intérêt de chacune des parties qu'une affaire qui a d'ores et déjà été tranché en sa faveur ne soit pas rouverte. L'article 60 du Statut explicite ce caractère définitif des arrêts. Priver une partie du bénéfice d'un arrêt rendu en sa

¹³ *Counter-Memorial*, §§38, 126, 127, 221

*faveur doit, de manière générale, être considéré comme contraire aux principes auxquels obéit le règlement judiciaire des différends*¹⁴

3. Dans l'évaluation de l'extension de la *res iudicata* le test est, selon la doctrine de la Cour Internationale de Justice, que

“Il ne suffit pas, pour l'application de l'autorité de la chose jugée, d'identifier l'affaire en cause, caractérisée par les mêmes parties, le même objet et la même base juridique, il faut encore déterminer le contenu de la décision dont il convient de garantir le caractère définitif. La Cour ne saurait se contenter de l'identité des demandes qui lui ont été présentées successivement par les mêmes parties, elle doit rechercher si et dans quelle mesure la première demande a déjà été tranchée définitivement.

*La Cour a souligné dans son arrêt du 26 février 2007, rendu en l'affaire relative à l'Application de la convention pour la prévention et la répression du crime de génocide (Bosnie-Herzégovine c. Serbie-et- Monténégro) , que, '[s]i un point n'a en fait pas été tranché, ni expressément ni par implication logique, l'arrêt n'a pas force de chose jugée sur celui-ci ; et il peut être nécessaire de lire une conclusion générale dans son contexte afin de déterminer si elle recouvre tel point en particulier' (C.I.J. Recueil 2007 (I), p. 95, par. 126).*¹⁵

Ce test a été également appliqué dans le récent arrêt de 2018 de la CIJ dans l'affaire *Costa Rica c. Nicaragua*.¹⁶

4. Dans l'arbitrage entre États et investisseurs il a été explicitement affirmé, comme dans les affaires *Amco v. Indonesia*, que

*a finding concerning a right, question or fact may not be re-litigated (and, thus, is binding on a subsequent tribunal), if, in a prior proceeding: [a] it was distinctly put in issue; [b] the court or tribunal actually decided it; and [c] the resolution of the question was necessary to resolving the claims before that court or tribunal.*¹⁷

¹⁴ **Pièce C52**, CIJ, *Affaire relative à l'application de la Convention pour la prévention et la répression du crime de génocide (Bosnie-Herzégovine c. Serbie-et-Monténégro)*, Arrêt du 26 février 2007, pp. 90-91, §116.

¹⁵ **Pièce C493**, CIJ, *Question de la délimitation du Plateau continental entre le Nicaragua et la Colombie au-delà de 200 milles marins de la côte nicaraguayenne (Nicaragua c. Colombie)*, Exceptions préliminaires, Arrêt du 17 mars 2016, §§59, 60, accessible dans <https://bit.ly/2P9Ddj4>

¹⁶ **Pièce C494**, CIJ, *Affaire de la frontière terrestre dans la partie septentrionale d'Isla Portillos (Costa Rica c. Nicaragua)*, Arrêt, 2 février 2018, §68

¹⁷ **Pièce C495**, *Amco Asia Corporation and others v. Republic of Indonesia*, ICSID Case No. ARB/81/1, Decision on Jurisdiction (Resubmitted), 10 mai 1988, §30

De même, dans *Waste Management*¹⁸ ou *Apotex III*¹⁹ l'application de la *res iudicata* à une question particulière exige que celle-ci ait été préalablement tranchée par un tribunal.

En l'espèce, la Sentence initiale a établi sa compétence sur le fond au point 1 du Dispositif après avoir tranché de sa compétence *ratione materiae* (à savoir, que M. Pey avait acquis en 1972 la totalité des actions de CPP S.A. qu'un Tribunal de Justice de Santiago lui a restituée le 29 mai 1995), et *ratione temporis* (à savoir, que l'État a reconnu en 2003 devant le Tribunal l'invalidité des confiscations et le devoir de compenser les propriétaires de CPP S.A.)²⁰. Les décisions relatives à ces deux questions ont, en conséquence, l'autorité de la chose jugée entre les mêmes parties et dans la présente procédure:

*if, in deciding whether or not it has jurisdiction, an international tribunal is required to decide an issue that touches on the merits, the decision on this issue will be held to be res iudicata as between the parties to that decision in subsequent proceedings on the merits.*²¹

Or, le point de départ des exceptions à la compétence du Tribunal arbitral est fondé sur la négation par l'État Défendeur de l'autorité de la chose jugée des décisions relatives à ces deux questions, à commencer par la première: « *Mr. Pey had never been the owner of the Chilean newspaper enterprise* ». ²²

Il ne fait pas de doute que pour ce qui concerne les questions de fait ou de droit énumérées dans la section II du **Mémoire** il y a identité de parties, de cause et d'objet

¹⁸ **Pièce C407**, *Waste Management, Inc. v. United Mexican States*, ICSID Case No. ARB(AF)/00/3, Decision on Preliminary Objections, 26 Juin 2002, para. 45 (“a decision on a particular point constitutes a *res iudicata* as between the parties to that decision if it is a necessary part of the eventual determination and is dealt with as such by the tribunal”).

¹⁹ **Pièce C496**, *Apotex Holdings Inc. and Apotex Inc. v. United States of America*, ICSID Case No. ARB(AF)/12/1, 25, Août 2014, §7.28 : « *The International Court of Justice also looks to the parties' arguments and submissions to determine the legal effect of prior judgments. As Professor Rosenne observes, '[t]he relevance of whether a question was argued between the parties might arise ... if it is necessary to determine the scope of the res iudicata ... In the Asylum case ... the problem was ... of the scope of the binding force of the decision. The res iudicata does not derive from the operative clause of the judgment, which confined itself to stating which submissions of the parties were rejected or accepted and to what extent, but from the reasons in point of law given by the Court.' Accordingly, cases such as Asylum and Corfu Channel 'bring into sharp relief the delayed-action effect attaching to the written and oral pleadings. In the last analysis the scope of res iudicata can only be determined by reference to the pleadings in general, and to the parties' submissions in particular'*”

²⁰ **Pièce C14**, SI, §667 et nbp 617

²¹ **Pièce C543**, (B.): *The Res Judicata Effect of an Award Rendered in a Connected Arbitration Arising from the Same Project*, dans Complex Arbitrations: Multiparty, Multicontract, Multi-Issue and Class Actions, International Arbitration Law Library, Volume 14, 2005, page 592

²² *Counter Memorial*, §24

dans la SI, dans la Décision du 1^{er} Comité *ad hoc*²³ et dans la SR du CIRDI, en particulier,

- a) Que l'investissement de M. Victor Pey Casado en 1972 couvre la totalité des actions de CPP S.A., qu'il a la qualité d'un investissement étranger au sens de l'API et qu'il est sous la protection de ce dernier,
- b) Que les droits des investisseurs relatifs à cet investissement existent après l'entrée en vigueur de l'API,
- c) que le 6 mai 2003 l'État a reconnu devant le Tribunal arbitral l'invalidité des confiscations du régime *de facto*, de même que le devoir d'indemniser les propriétaires.

Ces questions seront développées dans les réponses à l'exception d'incompétence n° 2 (section V *infra*).

5. Il est également *res iudicata*, et il a été étayé dans le **Mémoire**²⁴, que pour statuer comme elle l'a fait dans les points 2 et 3 du Dispositif, la 1^{ère} Sentence arbitrale devait considérer en **dehors** de sa compétence la question relative au statut légal du Décret 165 en droit interne²⁵ et, en conséquence, elle a refusé de la trancher.

En d'autres termes, il est *res iudicata* que dans le cadre juridique et factuel où le TI a statué - caractérisé par l'indétermination du Décret 165 relativement à la nullité de droit public, dont le TI a réservé (*res iudicata*) la détermination aux juridictions internes - le choix de s'en tenir au libellé administratif existant à sa connaissance s'impose aux parties.

Par contre, ce choix, effectué dans ledit cadre juridique et factuel, n'a aucune portée dans le cadre opposé - à savoir celui où le statut du Décret 165 relativement à la nullité de droit public serait établi à la suite d'une décision interne - et les conséquences qui, dans la SI, en dépendent de façon déterminante, ne sauraient être injectées dans cet autre cadre juridique et factuel, ni *a fortiori* y être recyclées comme étant *res iudicata*. Cette question le Tribunal arbitral a décidé de la joindre au fond.²⁶

²³ Pièce C15, accessible dans <https://bit.ly/2hdOFhF>

²⁴ Voir dans le **Mémoire** les §§83, 84, 182(1), 274, 287 ; 96-141

²⁵ Pièce C14, Sentence arbitrale du 8 mai 2008, §§78, 603

²⁶ Décision du 26 juin 2018, §§79, 80, 116, 117

En effet, il s’ensuit que, conformément à deux principes bien connus, la décision relative au statut de ce Décret –et les conséquences qui découlent de façon déterminante de son statut en droit interne n’ont pas l’autorité de la chose jugée dans la SI ni, en conséquence, dans la SR (§198²⁷), ni entre les parties ni dans la présente procédure arbitrale, à savoir

- *“il est certain que les motifs contenus dans une décision, tout au moins dans la mesure où ils dépassent la portée du dispositif, n’ont pas force obligatoire entre les Parties Intéressées. (...) Il est parfaitement exact que toutes les parties d’un jugement visant les points en litige s’expliquent et se complètent l’une l’autre et doivent être prises en considération, afin d’établir la portée et le sens précis du dispositif. (...) mais il ne résulte nullement que tout motif donné dans une décision, constitue une décision ; et il faut se souvenir que la Cour d’Arbitrage a appliqué la théorie de la *res judicata* parce qu’il y avait ‘non seulement identité des Parties en litige, mais également identité de la matière.’”*²⁸

- *“il est généralement reconnu qu’il n’y a ni litispendance ni chose jugée pour autant qu’il s’agisse de points incidents et préliminaires.”*²⁹

[Soulignement ajoutés]

Cela étant dit, l’on pourrait également ajouter, à l’égard de ce point incident dans les SI et la SR, que lorsque

*the point at issue relates to the dispute before the arbitral tribunal, is necessary or relevant to the outcome of that dispute and is arbitrable, then the arbitral tribunal can and should take cognizance of it ... However, it should do so, not with a view to “deciding” the issue, but simply for the purpose of settling the issues dependent on that point that come within its jurisdiction. Neither the parties to a different agreement – even if they are the same – nor the arbitrators ruling on that agreement – even if they are the same – are in any way bound by the conclusion reached by the arbitral tribunal on the preliminary issue.*³⁰

²⁷ Voir la **pièce C39**, Sentence de Réexamen, le §198 (révisé): « si la prétendue nullité du Décret n° 165 au regard du droit chilien avait effectivement une importance décisive, la conséquence en serait certainement que l’investissement est, en droit, resté la propriété de M. Pey Casado et/ou de la Fondation”, et la **nbp 41** infra

²⁸ C.P.I.J., affaire *Service Postal polonais à Dantzig*, Avis consultatif, 16 mai 1925, Ser. B, No. 11, page 30, accessible dans <https://bit.ly/2wv1VmA>

²⁹ **Pièce C542**, Opinion de M. Ehrlich, le juge polonais dans l’affaire *des Usines de Chorzów* (Fond), 1928, C.P.I.J. Ser. A, No. 17, page 76

³⁰ **Pièce 544**, Train (F.-X-), *Les contrats liés devant l’arbitre du commerce international*, Bibliothèque de Droit Privé, Paris, LGDJ, 2003, 429, cité dans Hanotiau (B.): *The Res Judicata Effect of an Award Rendered in a*

6. En effet, contrairement à ce que prétend le *Counter-Memorial*³¹, la SI n'a pas pu trancher le statut légal du Décret 165 dès lors que le TI, à la demande de l'État chilien, a réservé la compétence à cette fin aux juridictions internes (SI, §§593³², 603³³, 634³⁴), et que la paralysie du Jugement interne liée à la Décision 43³⁵ est l'un des faits constitutifs du déni de justice.³⁶

Or il est apparu après la notification de la SI le 8 mai 2008, que l'effet dommageable dominant du déni de justice était l'impossibilité de faire valoir les rapports de droit des Demanderesses vis-à-vis l'État du Chili découlant du statut du Décret 165. Cette question le Tribunal arbitral a décidé de la joindre également au fond de l'affaire.

7. En ce qui concerne la SI, le 1^{er} Comité *ad hoc* a décidé le 18 décembre 2012 que

« les paragraphes 1 à 3 et 5 à 8 du dispositif ainsi que le corps de la Sentence, à l'exception de la Section VIII, ont autorité de chose jugée »³⁷ [soulignement ajouté],

établissant de la sorte que les questions, les raisons, la *ratio decidendi* contenues dans le corps de la SI sont un complément nécessaire à cette partie du Dispositif.

En conséquence, conformément aux articles 48(3)³⁸, 52(4), 53 et 54 de la Convention du CIRDI, **sont *res iudicata* et obligatoires pour les parties et pour le présent Tribunal arbitral les motifs et les questions de droit et de fait, la *ratio decidendi*, que la SI a dû trancher pour décider les points 1 à 3 et 5 à 8 de son Dispositif, de même que ceux que le 1^{er} Comité *ad hoc* a également dû trancher pour rejeter 43 des 44 motifs d'annulation soumis par l'État visant à annuler la totalité de la SI.**

Connected Arbitration Arising from the Same Project, dans Complex Arbitrations: Multiparty, Multicontract, Ch. VII, page 254, **pièce C543**

³¹ *Counter-Memorial*, §35

³² §593 *in fine* : « A la connaissance du Tribunal, le décret suprême n°165 est toujours en vigueur »

³³ §603 « à la connaissance du Tribunal, la validité du décret n° 165 n'a pas été remise en cause par les juridictions internes et ce décret fait toujours partie de l'ordre juridique interne chilien » [soulignement ajouté]

³⁴ §634. « (...) la Première Chambre civile ne s'était pas prononcée sur le fond lorsqu'est intervenue la Décision n°43 et lorsque les demanderesses ont déposé leur demande complémentaire devant le Tribunal arbitral le 4 novembre 2002 »

³⁵ **Pièce C14**, SI, §§453, 464, 623, 635, 636, 674, 679

³⁶ **Ibid.**, SI, §§658-663, 674 ; Dispositif, para. 2

³⁷ **Pièce C15**, Décision du 1^{er} Comité *ad hoc* du 18 décembre 2012, §359.4, soulignement ajouté

³⁸ Article 48: "**De la sentence.** (...) (3) La sentence doit répondre à tous les chefs de conclusions soumises au Tribunal et doit être **motivée**" [soulignement ajouté]. En conséquence dans l'interprétation et l'application de la SI et de la Décision du Comité *ad hoc* les motifs de celles-ci ont également l'autorité de la chose jugée

Or, alors que dans un litige comme le présent, différent de celui jugé dans le cadre du CIRDI, ce qui est en jeu est l'autorité positive de la chose jugée, l'État du Chili appui ses exceptions sur la compétence a) en plaissant a nouveau contre certains des motifs qui dans la SI et la Décision du 1^{er} Comité *ad hoc* sont *res iudicata*, et b) en s'opposant à ce que le présent Tribunal tranche des questions qui n'ont pas été tranchées dans les Sentences et décisions cités des organes du CIRDI.

8. La notion de *controverse*, que les parties tiennent pour équivalente à celle de *différend*, a été définie dans les §§441-443 de la SI, et

« [elle] exige un minimum d'échanges entre les parties, l'une portant le problème à la connaissance de l'autre, cette dernière s'opposant à la position de l'autre partie directement ou indirectement. (...) Ce n'est qu'avec l'expression et la confrontation des points de vue des parties que se cristallise le différend » (§443).

La SI traite cette question de façon circonstanciée aux §§423-444 (voir *infra* §§85-92).

9. Il est également *res iudicata* que la Sentence arbitrale de réexamen, du 13 septembre 2016³⁹, s'est appuyée, pour trancher comme elle l'a fait dans les §§3 à 6 du Dispositif, sur ce que **sont en dehors de sa compétence ratione temporis et ou ratione materiae**⁴⁰

- i. La question relative à la violation de l'article 4 du TBI, par le fait de ne pas garantir un traitement juste et équitable aux investissements des Demanderesses, en ce compris s'abstenir de tout déni de justice, « *qui a l'autorité de chose jugée et n'était pas l'objet de la procédure de nouvel examen* » (SR, §244, caractères appuyés ajoutés) ;
- ii. Les questions qui ont surgi entre les parties **après la date critique du 3 novembre 1997** (SR, §216, caractères appuyés ajoutés).

³⁹ **Pièce C39**, Sentence arbitrale du 13 septembre 2016, actuellement soumise au remède de l'article 52(a)(b)(d)(e) de la Convention du CIRDI comme l'atteste la Décision du 2^{ème} Comité *ad hoc* accordant la suspension de l'exécution de la Sentence (**pièce C461**)

⁴⁰ **Ibid.**, §§216, 244 *in fine*, 198

- iii. Les actions de la Défenderesse depuis la transmission de la Sentence Initiale qui pourraient avoir constitué un nouveau déni de justice, au titre duquel une compensation serait due et pourrait être accordée (SR, §216);
- iv. Le fait de l'obligation relative au manquement à cette obligation, « *la réparation des injustices passées qui ont été reconnues* » par l'État devant le Tribunal initial et dans la Sentence de réexamen : « *cette obligation pèse toujours sur la Défenderesse* » (SR, §244, caractères appuyés ajoutés), une obligation à laquelle le *Counter-Memorial* ne fait la moindre mention.
- v. Les demandes principales des Demanderesses, qui étaient irrecevables pour manque de compétence *ratione temporis*

« *si la prétendue nullité de la Décision n° 43 au regard du droit chilien avait effectivement une importance décisive, la conséquence en serait certainement que l'investissement est, en droit, resté la propriété de M. Pey Casado et/ou de la Fondation – et le recours à ce titre pourrait relever de la sphère domestique, mais clairement pas du présent Tribunal dans le cadre de la présente procédure de nouvel examen* » (SR, 198)⁴¹.
- vi. Les allégations relatives à ces actions, qui

« *devraient faire l'objet d'un processus de production d'éléments de preuve en bonne et due forme, et qui pourraient convenablement donner lieu à une décision dans une procédure arbitrale (et elles seraient effectivement soumises à un tel processus)* » (SR, §216).

En déclarant l'irrecevabilité de la demande de réexamen et son manque de compétence sur ces six questions, la Sentence de Réexamen a corroboré que celles-ci n'ont pas été tranchées, et a prédéterminé qu'il n'y a pas à leur sujet de conflit de compétences, ni de *lis pendens* ni de procédures parallèles.

⁴¹ Le §198 de la SR a été corrigé dans la Décision du TR du 6 octobre 2017 : « *Le Tribunal reconnaît que la référence à la Décision n° 43 qui figure dans la dernière phrase du paragraphe 198 était erronée et qu'il entendait bien faire référence au Décret n° 165. Il s'agit manifestement d'une simple erreur matérielle, qui sera donc corrigée en remplaçant les mots « de la Décision n° 43 » (v. §, §§39, 52). Ce §198 est pour l'État du Chili « one of the core paragraphs in the 2016 Award. If the Tribunal were to “erase” this paragraph, as Claimants request, it would in fact be modifying the Tribunal's intentions, analysis, reasoning, and conclusions* » (Chile's Response to Claimants' Request for Rectification, du 9 juin 2017, §6, caractères appuyés dans l'original **pièce RA-0199**)

10. L'articulation des conclusions relatives à la compétence de la SR avec celles de la SI offre le résultat suivant :

1. Les points 1 à 3 du Dispositif de la SI initiale ont été étayés dans le corps de celle-ci, en particulier, par les conclusions suivantes

- i. « *Les demanderesses invoquent trois différends qu'elles estiment tous trois postérieurs à la date d'entrée en vigueur de l'API : le premier serait survenu en 1995, le deuxième en 2000 et le troisième en 2002* » (SI, §437)

Le **premier différend** entre les parties « *est né après l'entrée vigueur du Traité, les parties n'ayant pas exprimé et opposé leurs différences de vues avant l'année 1995* » (SI, §§444, 446) ;

Le **deuxième différend** est né après la Décision 43 du 28 avril 2000 du Ministère des Biens Nationaux attribuant les actions de CPP S.A. à des faux propriétaires (SI, §596⁴² ; **Mémoire**, §§11(d), 17) ;

Le **troisième différend** est le déni de justice **lié à la Décision 43** allégué dans la Demande complémentaire du 4 novembre 2002 que la SI identifie dans ses §635 et 636 (voir *supra* §11(2)).

- ii. Le différend soumis initialement au TI a été considéré hors sa compétence au motif qu'à la connaissance de ce Tribunal la validité du Décret 165 n'ayant pas été remise en cause par les juridictions internes⁴³, la controverse initiale surgie en 1995 « *ne peut à elle seule entraîner l'application rétroactive automatique des dispositions de fond de l'API en question (...) ne peut être analysée comme un fait illicite continu et ne peut se voir appliquer les dispositions de fond de l'API* », et est hors la compétence *ratione temporis* du Tribunal arbitral (SI, §§585, 600).

⁴² **Pièce C14**, SI, §596: “*Le 28 avril 2000, Le Ministre des biens nationaux rend la Décision n°43 selon laquelle les dispositions de la loi n°19.568 sont applicables aux biens confisqués aux sociétés CPP S.A. et EPC Ltda.553 Cette décision accepte cependant d'indemniser des requérants autres que les parties demanderesses pour la confiscation des biens en question. Le Ministre des biens nationaux maintiendra la Décision n°43 que les demanderesses contesteront en vain.*”

⁴³ **Pièce C14**, Sentence initiale, §§601-603, 605, 608, 620

iii. « En revanche, les dispositions de fond de l'API sont applicables ratione temporis à la violation résultant de la Décision n°43 [du 28 avril 2000] et au déni de justice allégué par les demanderessees [le 4 novembre 2002], ces actes étant postérieurs à l'entrée en vigueur du traité » (SI, §§579- 600).

2. Le traitement dans la SI et la SR de la compétence concernant les différends « résidant essentiellement dans la Décision n°43 et le déni de justice allégué qui lui est lié ... » (SI, §§464, 623, 679, soulignement ajouté), a été décidé de la manière suivante

Sentence initiale du 8 mai 2008 -sur la compétence et le fond	Sentence de réexamen du 13 septembre 2016 - dont la seule mission était de fixer le <u>quantum de l'indemnisation</u> pour violation de l'article 4 de l'API
<p>635. « Les demanderessees ont tenté en vain de faire reconnaître l'incompatibilité de la Décision n°43 avec cette procédure judiciaire [interne]. Le 2 octobre 2001, la Première Chambre civile de Santiago s'est déclarée incompétente pour juger de l'incompatibilité entre la Décision n°43 et la procédure engagée devant elle depuis le 4 octobre 1995. Seule la Cour suprême serait compétente. Après avoir informé le Contralor de l'incompatibilité de la Décision n°43 avec l'action portée devant la Première Chambre civile de Santiago depuis le 4 octobre 1995, les demanderessees lui ont reproché d'avoir entériné les 22 et 23 juillet 2002 le paiement d'une indemnisation au profit des bénéficiaires de la Décision n°43, cette indemnisation comprenant notamment le préjudice subi du fait de la confiscation de la rotative Goss.</p>	<p>216 « (...) les Demanderessees dans la présente procédure de nouvel examen [soutiennent que] les actions de la Défenderesse, depuis la transmission de la Sentence Initiale, ont constitué un nouveau déni de justice, au titre duquel une compensation est due et peut être accordée dans la présente procédure de nouvel examen.</p> <p>Le Tribunal doit rejeter cet argument purement et simplement. La raison en est non seulement que des allégations de cette nature devraient faire l'objet d'un processus de production d'éléments de preuve en bonne et due forme avant de pouvoir convenablement donner lieu à une décision dans une procédure arbitrale (et elles seraient effectivement soumises à un tel processus) ;</p> <p>mais aussi, tout simplement, que l'ensemble de cet argument n'entre clairement pas dans le champ de compétence de ce Tribunal, qui est limité (...) au «différend» ou aux parties de celui-ci qui demeurent après l'annulation.</p>

636. Finalement, comme le Tribunal arbitral a récapitulé ci-dessus, les demanderesses ont intenté des nombreux recours auprès du pouvoir exécutif et du pouvoir judiciaire contre ces décisions en 2002 et visant à mettre en cause la comptabilité de la Décision n°43 avec la procédure judiciaire introduite en 1995, recours qui ont tous été rejetés. »

453. « (...) le Tribunal estime sans hésitation que l'opposition qui s'est manifestée entre les parties lors des audiences de mai 2000, dès que les parties demanderesses ont pris connaissance de la Décision n°43, est constitutive d'un différend. Là encore, le différend étant survenu postérieurement à l'entrée en vigueur du traité, la condition de compétence ratione temporis est satisfaite. »

« 464. Le Tribunal estime que le dernier différend entre les parties, s'est cristallisé au cours de la période 2002-2003. Avec l'introduction de leur demande complémentaire le 4 novembre 2002, les demanderesses ont, pour la première fois dans cette procédure, reproché à l'État chilien un déni de justice et ainsi formulé une réclamation. C'est en demandant au Tribunal arbitral dans son mémoire du 3 février 2003 de rejeter la demande complémentaire des demanderesses que la défenderesse a confirmé l'existence d'un différend sur la question du déni de justice. »

Ces termes ne peuvent être interprétés que comme une référence au « différend » qui avait été initialement soumis à l'arbitrage, différend pour lequel la date critique était la requête d'arbitrage initiale [du 3 novembre 1997] des Demanderesses.

Les questions qui ont surgi entre les Parties après cette date – et a fortiori les questions découlant d'une conduite postérieure à la Sentence – ne peuvent pas, même avec un gros effort d'imagination, entrer dans le champ de la procédure de nouvel examen (...). »

<p>« 626. Après examen des faits et des prétentions des parties, il ne fait pas de doute que le déni de justice allégué par les demanderesse s'étend sur une période postérieure à l'entrée en vigueur de l'API. L'article 4 de l'API lui est donc bien applicable <i>ratione temporis</i>. »</p> <p>« 667. Quant à l'invalidité des confiscations et au devoir d'indemnisation, il y a lieu de rappeler aussi des déclarations parfaitement claires de la défenderesse dans la présente procédure.</p> <p>617 V., par exemple, la transcription de l'audience du 6 mai 2003, pp. 262-263 (Me Castillo) : « La République du Chili ne prétend pas justifier ce qui s'est produit (...) bien au contraire. Nous avons réparé sur la plan matériel, nous avons essayé aussi de réparer sur le plan moral, les préjugés soufferts par des personnes pendant cette période » ainsi qu'à la page 264 : « Il ne s'agit pas non plus de justifier la légitimité des actes qui ont découlé de la confiscation de biens de CPP S.A. et Clarin Ltée. Bien au contraire, la République du Chili est constante [sic; devrait dire «consciente»] des dommages causés par ces confiscations et c'est pour cela qu'elle a indemnisé ces titulaires légitimes. »</p>	<p>§244. (...) La Sentence du Tribunal n'affecte pas la conclusion dans la Sentence Initiale selon laquelle la Défenderesse avait commis une violation de l'article 4 du TBI en ne garantissant pas un traitement juste et équitable aux investissements des Demanderesses, en ce compris un déni de justice ; cette conclusion a autorité de chose jugée et n'était pas l'objet de la présente procédure de nouvel examen.</p> <p>Elle correspond donc à une obligation qui pèse toujours sur la Défenderesse et une obligation qui, comme l'a conclu le Tribunal Initial, est la conséquence d'une défaillance dans le fonctionnement du système interne du Chili pour la réparation des injustices passées <u>qui ont été reconnues</u>. »</p> <p>[Soulignements ajoutés]</p>
--	--

11. Les controverses soumises au présent Tribunal arbitral n'entrent nullement en conflit avec les faits et les arguments de droit qui ont déterminé la partie dispositive de ces deux Sentences du CIRDI, comme il sera développé ci-après.

12. Aux effets de la procédure sous les règles de la CNUDCI, il n’y a pas de contradiction entre la SI et la SR.

“ce qui a été décidé, que ce soit dans le dispositif ou dans des motifs décisifs de la première sentence, s'impose à l'arbitre saisi d'une affaire qui a par hypothèse certains liens avec la première mais qui est différente. La réponse affirmative est évidente. Entre parties, ce qui a déjà été décidé doit produire tous ses effets.”⁴⁴

13. Et s’il s’avérait qu’il y avait des contrariétés entre la SI et la SR, conformément à l’article 53 de la Convention du CIRDI et à l’article 10(5) de l’API la SI prévaudrait, la SR étant subordonnée aux conclusions et dispositions de la partie *res iudicata* de la SI⁴⁵ (voir *infra* §§125, 126, 213-220).

Comme l’affirme le Professeur Pierre Mayer :

“Imaginons qu'une sentence sur le principe de la responsabilité du défendeur a été rendue ; il reste à traiter la question du quantum dans une autre sentence, mais au moment de la rendre le tribunal éprouve un doute sur la justesse de ce qu'il a précédemment dit. (...) Lorsque ce doute surgit, que doit faire le tribunal ? Cette situation s'est présentée notamment dans une affaire qui a donné lieu à une sentence bien connue, rendue sous la présidence de Claude Reymond en 1984.⁴⁶ Dans les motifs de la seconde sentence, il avait parfaitement démontré que l'autorité de la première sentence devait s'étendre à ses motifs.⁴⁷ Il est d'abord évident que la sentence déjà rendue a autorité de chose jugée et que l'arbitre ne peut pas remettre en cause la décision prise sur le principe de la responsabilité.”⁴⁸

14. La prétention de l’État selon laquelle toutes les controverses surgies après la date du 8 mai 2008 soit auraient été tranchées dans la procédure du CIRDI soit auraient relevé de la seule

⁴⁴ **Pièce C157**, Mayer (P.), *L'autorité de chose jugée des sentences entre les parties*, Revue de l'Arbitrage, 2016, Volume 2016 Issue 1) page 102

⁴⁵ Les Demanderesses formulent une réserve explicite de leur droit à démontrer devant l’organe compétent des éventuelles contrariétés qui pourraient entacher la SR conformément à et dans le cadre de l’article 52(1) de la Convention du CIRDI

⁴⁶ Sentence rendue dans l'affaire CCI n° 3267, *Rec.*, II, 43. V. dans le même sens Paris, 11 mai 2006, *Groupe Antoine Tabet*, *Rev. arb.*, 2007.201, note S. Bollée

⁴⁷ “ *This arbitral tribunal is of the opinion that the binding effect of its first award is not limited to the contents of the order thereof adjudicating or dismissing certain claims, but that it extends to the legal reasons that were necessary for such order, i.e. to the ratio decidendi of such award. Irrespective from the academic views that may be entertained on the extent of the principle of res iudicata on the reasons of a decision, it would be unfair to both parties to depart in a final award from the views held in the previous award, to the extent they were necessary for the disposition of certain issues* ”.

⁴⁸ **Pièce C157**, Mayer (P.), *L'autorité de chose jugée des sentences entre les parties*, Revue de l'Arbitrage, 2016, Volume 2016 Issue 1) pp. 97 - 98

juridiction de ce dernier, manque donc de fondement. Une telle prétention constitue la manifestation la plus récente de la volonté continue de l'État d'échapper aux obligations établies dans l'API, de frustrer l'autorité de la chose jugée de la Sentence arbitrale du 8 mai 2008, de ne pas reconnaître que la Sentence de réexamen a déclaré hors sa compétence les questions surgies entre les parties après le 3 novembre 1997, et, en définitive, de torpiller la procédure arbitrale et l'accès des Demanderesses à l'arbitrage.

Il n'y a pas de litispendance ni de procédure parallèle en l'espèce.

15. Une procédure parallèle qui porte sur une demande relevant de l'API Espagne-Chili implique que la procédure oppose les mêmes parties et qu'il y aurait un conflit de compétences entre l'arbitre et la juridiction parallèle.

Un tel conflit n'existe pas en l'espèce dès lors que, comme l'a décidé le 2^{ème} Comité *ad hoc* du CIRDI, le 15 mars 2018, en refusant la prétention de l'État du Chili d'ordonner la suspension de la présente procédure CNUDCI, les principes de *res iudicata* et litispendance

*« ne s'appliquent pas à de nouvelles demandes, c'est-à-dire à des demandes qui résultent prétendument de violations du TBI qui se sont produites après le début de la procédure arbitrale dans la présente affaire. Pour reprendre les termes employés par le Tribunal de Nouvel Examen, « la date critique » est la date de la requête d'arbitrage initiale des Demanderesses, soit le 3 novembre 1997. »*⁴⁹ [Soulignement ajouté]

En effet, la cause réelle de toutes les controverses soumises au présent arbitrage sont des violations de l'API commises par l'État du Chili après le 8 mai 2008.

Mme. Pey Grebe, quant à elle, n'a pas été une partie devant le Tribunal initial et le Tribunal de réexamen a statué, à la demande de l'État Défendeur⁵⁰, qu'elle agissait en qualité de représentante d'une autre personne, M. Victor Pey.⁵¹ L'État Défendeur a allégué que

⁴⁹ Pièce C461, §80, accessible dans <https://bit.ly/2xj3z0>

⁵⁰ Pièce C39, Sentence arbitrale de réexamen, §§125-130, 137, 180-188

⁵¹ *Ibid.*, Dispositif : "1) que Mme Coral Pey Grebe ne peut pas être considérée comme une demanderesse en son nom propre dans la présente procédure de nouvel examen", la motivation étant que "Mme Pey Grebe, la fille, agit en pratique en qualité de représentant légal de son père âgé", et §§128, 187, 180

l'article 25(2)(a) de la Convention du CIRDI exclut de la compétence de celui-ci « *toute personne physique qui possède la nationalité d'un État contractant* ».

Par contre, dans la présente procédure, portant sur une demande différente de celle soumise le 3 novembre 1997, Mme. Pey Grebe agit en son propre nom, en qualité de Demanderesse conformément aux articles 1(1) et 1(2) de l'API, c'est-à-dire en sa double qualité de bénéficiaire de la Convention de double nationalité de 1958⁵² entre l'Espagne et le Chili et de cessionnaire de 10% des actions de CPP S.A. On pourrait donc dire que

*In order for res judicata to be raised as an objection to subsequent proceedings, a number of conditions must be satisfied: identity in thing sued for, identity of parties and the capacity in which they act. For instance, parties do not act in the same capacity in two successive proceedings if they act personally in one and as the representative of a legal entity in the other. Also, the cause of action must be identical in both cases.*⁵³

Les Demanderesses sont d'avis que cette considération relative à la représentation d'une personne morale s'applique également lors de la représentation d'une personne physique, en l'espèce, M. Pey Casado, a été représenté, selon la SR, par Mme. Pey Grebe.

Or, s'agissant du **Mémoire** sous les Règles de la CNUDCI dont le siège de l'arbitrage est en Suisse, l'autorité de la chose jugée desdites résolutions du CIRDI de 2008, 2012 et 2016 en ce qui concerne la **successeur en droit** de M. Victor Pey et cessionnaire de 10% des actions de CPP S.A. est confirmée conformément à la doctrine du TSF suisse, à savoir :

*« Selon le principe de la relativité subjective de la chose jugée, l'autorité de la chose jugée d'un jugement ne peut être invoquée **dans un nouveau procès que** si celui-ci oppose les mêmes parties ou leurs successeurs en droit (arrêt 4A_545/2013 du 28 novembre 2013 consid. 3.2.1 et les références) (...) L'effet inter partes de l'autorité de la chose jugée ne dépend pas de la position respective que les parties ont occupée dans l'un et l'autre procès (ATF 105 II 229 consid. 1b p. 232; BERGER/KELLERHALS, *ibid.*). (...)*

Au demeurant, qu'il y ait eu encore d'autres parties dans le procès antérieur n'empêche pas, en principe, d'admettre l'identité des parties dans le second procès pour autant que

⁵² **Pièce C13**

⁵³ **Pièce C543**, Hanotiau (B.): *The Res Judicata Effect of an Award Rendered in a Connected Arbitration Arising from the Same Project*, §536

les parties à ce procès aient également participé au procès antérieur (cf. ATF 127 III 279 consid. 2c/dd p. 285; 105 II 229 consid. 1b p. 232). (...) Aussi bien, les parties impliquées successivement dans deux procès ne sont pas différentes pour la seule raison qu'elles n'ont pas bénéficié des mêmes garanties procédurales dans l'un et l'autre (...). »⁵⁴
[Soulignements ajoutés]

16. La même conclusion s'impose conformément au droit du for. La Suisse ayant ratifié la Convention du CIRDI, celle-ci fait partie du droit suisse et ses articles 52(4), 53 et 54 sont applicables en l'espèce à l'égard des sentences et décisions du CIRDI relatives, notamment, au fait de posséder l'autorité de la chose jugée et à leur caractère obligatoire.

De même, conformément à l'article 194 de la Loi suisse sur le Droit International Privé (LDIP)⁵⁵ les obligations exprimées en termes non pécuniaires établies en faveur des Demanderesses dans les Sentences et Décisions du CIRDI doivent être reconnues et sont, le cas échéant, exécutoires en Suisse (voir *infra*, §§ 168, 172)

17. La seule affaire concernant la Convention du CIRDI ayant fait l'objet d'une décision des tribunaux de justice suisse à ce jour est intervenue dans l'affaire *MINE v. Guinée*, après que le 25 septembre 1985 le Tribunal de 1^{ère} Instance d'Antwerp (Belgique) ait refusé dans cette affaire d'exécuter une sentence arbitrale prononcée *ex parte* par l'American Arbitration Association le 9 juin 1980. Le motif de ce refus était que la clause d'arbitrage de la convention entre les parties, du 19 août 1971, établissait la juridiction exclusive du CIRDI⁵⁶, qu'en 1984 MINE avait soumis le différend à un Tribunal du CIRDI, et que

« *ICSID declared itself competent. ICSID thus is exclusively competent and excludes the intervention of the national courts of a State which ratified the Washington Convention.*

⁵⁴ Pièce C426, ATF 140 III 278 du 27 mai 2014, §4.2.1

⁵⁵ Article 194 de la LDIP : « **Sentences arbitrales étrangères.** La reconnaissance et l'exécution des sentences arbitrales étrangères sont régies par la convention de New York du 10 juin 1958 pour la reconnaissance et l'exécution des sentences arbitrales étrangères »

⁵⁶ Cette clause d'arbitrage stipulait : « **Submission Of Dispute To The International Centre For The Settlement Of Investment Disputes.** The Government of the Republic of Guinea (hereinafter called "the Host State") and Maritime International Nominees Establishment (hereinafter called "the Investor") hereby agree to submit to the International Center for the Settlement of Investment Disputes (hereinafter called "the Center") in order to settle by arbitration by virtue of the Convention for the Settlement of Investment Disputes between States and Nationals of other States the following disputes: All disputes existing between the "A" and "B" shareholders of SOTRAMAR deriving from of August 19, 1971 between the Host State and the Investor. The parties hereby precise that investor is Swiss. Any Court of arbitration constituted on the occasion of a dispute submitted to the Center by virtue of the present agreement shall be composed of one arbitrator nominated by each party and one arbitrator nominated by the President of the Board of Directors of the Center who will assume the chairmanship of the Court. Source: Delaume, *ICSID Arbitration and the Courts*, 77 AJIL 1983

Belgium ratified the Washington Convention by Law of 17 July 1970. (...) *The parties did not declare, as allowed by Art. 26 of the Washington Convention, that a remedy other than arbitration provided for by Convention was allowed. (...) Consequently, as said above, it is established that we are not competent as a result of the agreement between the parties to submit all disputes arising between them to the International Centre for Settlement of Investment Disputes (...)*⁵⁷

18. Pour le même motif, le 13 mars 1986 le Tribunal de 1^{ère} Instance du Canton de Genève⁵⁸ refusa d'exécuter ladite sentence arbitrale de l'AAA, et pour une raison additionnelle dont fait état la Sentence prononcée dans le cadre du CIRDI du 6 janvier 1988

*On 4 December 1985, the [ICSID] Tribunal ruled, in a Provisional Measure, that MINE's litigation actions in Europe constituted an "other remedy" under Art. 26 of the ICSID Convention and that this breached its submission of the dispute with Guinea to ICSID. It further recommended, in accordance with Art. 47 of the ICSID Convention, that MINE immediately withdraw and discontinue all pending litigation, and that it dissolve all attachments and not seek any new remedy in national courts. MINE did as was recommended by the Tribunal.*⁵⁹

19. L'article 181 de la LDIP suisse disposant pour sa part que

« L'instance arbitrale est pendante dès le moment où l'une des parties saisit le ou les arbitres désignés dans la convention d'arbitrage ou, à défaut d'une telle désignation, dès que l'une des parties engage la procédure de constitution du tribunal arbitral »,

en l'espèce il n'y a aucune litispendance.

En effet, lorsque les Demanderesses ont engagé la constitution du Tribunal arbitral sous les Règles de la CNUDCI la procédure initiée devant le CIRDI le 3 novembre 1997 s'était achevée définitivement, avec la Sentence du 8 mai 2008, s'agissant de ce qui concerne la responsabilité de l'État pour violation de l'API en 2000 et 2002-2003 et l'obligation de compenser le dommage, et avec la Sentence du 13 septembre 2016, pour ce qui concerne la quantification du dommage relatif au seul différend sur lequel le TR a déclaré être

⁵⁷ **Pièce C497**, arrêt du Tribunal de 1^{ère} Instance d'Antwerp (Belgique), du 25 septembre 1985, §§1 à 5

⁵⁸ Voir 4 ICSID Reports 39, pages 36-42, *Guinea v. MINE*, Switzerland, sentence du Tribunal fédéral, 4 Décembre 1985, publiée également dans 42 Annuaire suisse de droit international 69; 4 ICSID Report p. 32 and 41 - Court of the First Instance of Antwerp and Republic and Canton of Geneva, Tribunal of First Instance, Eighth Chamber, Judgement No. 2514, Mars 13, 1986, Case No. 885 S 4984 - *Maritime International Nominees Establishment c/o Inter Maritime S.A. v. The Republic of Guinea*. Schreuer (Ch.), The ICSID Convention, 2^{ème} édition, page 353 et ss., 391-392

⁵⁹ **Pièce C498**, *MINE v Guinea*, ICSID Final Award, CSID Case No. ARB-84-4, 6 Janvier 1988, page

compétent, à savoir celui surgi entre les parties avant « la date critique » du 3 novembre 1997.

20. La Jurisprudence du Tribunal Suprême Fédéral Suisse peut être résumée initialement dans les termes suivants: une décision judiciaire est dotée de l'autorité de la chose jugée lorsqu'elle est irréversiblement obligatoire, c'est-à-dire qu'elle ne peut plus être remise en discussion ni par les parties ni par les tribunaux⁶⁰ :

1. Les sentences finales (Endentscheide) sont revêtues de l'autorité matérielle de la chose jugée (...). S'agissant des sentences partielles (Teilentscheide) lato sensu (sur cette terminologie, cf. ATF 116 II 80 consid. 2b et 3b; WIRTH, op. cit., n. 2 ss ad art. 188 LDIP), il convient de distinguer: les sentences partielles proprement dites (echte Teilentscheide ou Teilentscheide im engeren Sinne), par lesquelles le tribunal arbitral statue sur une partie quantitativement limitée des prétentions qui lui sont soumises ou sur l'une des diverses prétentions litigieuses, bénéficient certes de l'autorité de la chose jugée (WIRTH, op. cit., n. 22 ad art. 188 LDIP), mais celle-ci ne s'attache qu'aux prétentions sur lesquelles le tribunal arbitral a statué, à l'exclusion d'autres ou de plus amples conclusions (cf., mutatis mutandis, l'arrêt 4C.233/-2000 du 15 novembre 2000, consid. 3a et les références)..»⁶¹

*2. « il y a autorité de la chose jugée lorsque la prétention litigieuse est identique à celle qui a fait l'objet d'un **jugement passé en force** (identité de l'objet du litige). Tel est le cas lorsque, dans l'un et l'autre procès, les mêmes parties ont soumis au juge la même prétention en se basant sur les mêmes faits. (...) Elle ne s'oppose pas à une demande qui se fonde sur une **modification des circonstances survenue depuis le premier jugement** (ATF 139 III 126 consid. 3.2.1 p.130 et les arrêts cités) ou, plus précisément, depuis le moment où, selon le droit déterminant, l'état de fait ayant servi de base audit jugement avait été définitivement arrêté (ATF 116 II 738 consid. 2a p. 743). **L'autorité de la chose jugée ne s'attache donc pas aux faits postérieurs à la date jusqu'à laquelle l'objet du litige était modifiable** (FRANÇOIS BOHNET, in CPC, Code de procédure civile commenté, 2011, n° 127 ad art. 59 CPC), soit à ceux qui se sont produits après le moment ultime où les parties pouvaient compléter leurs allégations et leurs offres de preuves (PHILIPPE SCHWEIZER, RSPC 2013 p. 210). **De telles circonstances sont des faits nouveaux (vrais nova) ... »**⁶²*

⁶⁰ Hohl (F.), *Procédure civile*, T.I, Berne 2001, p. 244 n° 1289

⁶¹ Pièce C580, ATF 128 III 191, du 3 avril 2002, §4.a

⁶² Pièce C499, ATF 4A 508_2013, du 27 mai 2014, §3.3

21. En ce qui concerne l'interprétation de la convention d'arbitrage, l'article 178.2 de la LDIP suisse⁶³ dispose que « *quant au fond, elle est valable si elle répond aux conditions que pose soit le droit choisi par les parties, soit le droit régissant l'objet du litige et notamment le droit applicable au contrat principal, soit encore le droit suisse.* »

En l'espèce le droit choisi par les parties se trouve établi à l'article 10(4) de l'API, à savoir :

« *L'organe arbitral statuera sur la base des dispositions du présent Traité, du droit de la Partie contractante qui serait partie à la controverse -y compris les règles relatives aux conflits de lois- et des termes d'éventuels accords particuliers conclus en rapport avec l'investissement, de même que des principes du droit international en la matière.* »

*

Le 14 septembre 2016 l'État du Chili a proclamé la fin de la procédure initiée le 3 novembre 1997 devant le CIRDI

22. Dans le cas présent, à la différence de l'affaire citée *supra MINE c. Guinée*, la SR du 13 septembre 2016 a considéré hors sa compétence les disputes surgies entre les parties après le 3 novembre 1997 et, *a fortiori*, après la Sentence arbitrale du 8 mai 2008⁶⁴, et, le lendemain, l'État du Chili a déclaré que

*The ruling ... marks the end of 19 years of judicial differences... This ruling concludes the only controversy before the ICSID involving Chile.*⁶⁵

23. C'est en conséquence dans la Sentence de réexamen du CIRDI elle-même que figure le démenti au revirement de l'État du Chili, depuis le 12 mai 2017, consistant à identifier les différends tranchés par les Tribunaux du CIRDI avec ceux soumis au présent Tribunal CNUDCI, passant outre au fait que ceux-ci sont tous postérieurs au 8 mai 2018 qui ont enfreint

⁶³ Pièce C502, ATF du 25 avril 2017, 4A 34/2016, portant sur une Sentence arbitrale de la CCI, §3.4.2

⁶⁴ Pièce C39, Sentence de réexamen du 13 septembre 2016, §216

⁶⁵ Pièce C408, déclaration du Comité des Investissements Étrangers, agent de l'État du Chili, le 14 septembre 2016, pièce C500, déclarations de Me Jorge Carey le 15 septembre 2016, représentant de l'État du Chili

l'API tout en changeant la situation factuelle et légale relative au Décret 165 par rapport à ce qui existait avant la Sentence Initiale.⁶⁶

24. En outre, les Demanderesses ayant démontré dans leur Notification d'arbitrage du 12 avril 2017⁶⁷, et dans leur **Mémoire**, que la cause et l'objet des disputes étaient différents de ceux tranchés dans les Sentences arbitrales des 8 mai 2008 et 13 septembre 2016, des procédures parallèles ne peuvent pas avoir lieu:

“Since the damages in this claim would properly be the value of the property the benefit of which Mr. Pey Casado has been deprived and unable to recover in Chile due to denial of justice, an award of that amount would also cover the losses established in the ICSID proceeding, so that, assuming the claimant’s request for annulment succeeded and then its further arguments as to quantum before a new resubmission proceeding were to also succeed, further pursuit of damages before the present tribunal could create a risk of double recovery. The claimant therefore proposes that

1) should this tribunal make an award of damages along the lines just described while the ICSID proceedings remain open, the claimants will abandon the ICSID proceedings once the award under this tribunal is paid by Chile;

2) should the claimant succeed in annulment proceedings in ICSID, the claimant will refrain from resubmission proceedings at ICSID concerning damages until the present tribunal has rendered its award on the merits and damages, and if damages are awarded along the lines just described by the present tribunal, the claimant will permanently abandon ICSID proceedings once that award is paid.

The claimants have always been sensitive throughout the ICSID arbitration to avoid the risk of double recovery (Memorial, para. 225(b)). »⁶⁸

25. Le 2^{ème} Comité *ad hoc* du CIRDI a pour sa part refusé le 15 mars 2018⁶⁹, et à nouveau le 9 août 2018⁷⁰, la prétention de l'État Défendeur de lui faire assumer la présence de

⁶⁶ L'exception relative au différend relatif au Jugement interne du 24 juillet 2008 ayant été jointe par le Tribunal arbitral au fond de l'affaire, elle n'est pas analysée dans le présente Réponse

⁶⁷ Page 9

⁶⁸ **Mémoire**, page 9

⁶⁹ **Ibid.**, §59

⁷⁰ **Pièce C501, Décision du 9 août 2018 du 2^{ème} Comité ad hoc du CIRDI**, section 2 : « *La demande de la Défenderesse pour la reconsidération de la Décision sur la Suspension* », estimant « *que l'évolution de la procédure CNUDCI telle que décrite dans le Contre-mémoire, n'a aucun impact (même selon l'argumentation de la Défenderesse) sur la décision sur la suspension de l'exécution des décisions sur les frais inclus dans la Sentence après Nouvel Examen et dans la décision sur la correction de la sentence [du 13 septembre 2016]... le Comité*

procédures parallèles par le biais d'une demande, au défi de l'article 21 du Règlement de la CNUDCI⁷¹ et de l'article 186(1) et (1bis) de la LDIP suisse⁷², qu'il « ordonne une suspension provisoire de la procédure CNUDCI » et qu'il « ordonne aux Demanderesses de suspendre provisoirement la procédure CNUDCI ». ⁷³

26. Aucune de ces circonstances n'étant réalisé ou présente en l'espèce, le Tribunal arbitral est également compétent conformément aux articles 177(1)⁷⁴, 178(2)⁷⁵ de la LDIP. Cette question processuelle sera développée ci-après, en particulier dans la réponse à l'exception n° 4 sur la compétence.

II

II. Remarque/objection à sept constatations de fait énoncées dans « l'Historique de la Procédure »

27. Conformément à l'Article 105(1) de la Loi de la Cour Suprême Fédérale Suisse et à la jurisprudence du Tribunal Fédéral Suisse, lorsque celui-ci aura à se prononcer, le cas échéant, sur la décision du Tribunal arbitral relative à sa compétence, le Tribunal fédéral ne revoit les constatations de fait que dans les limites qu'il qualifie « d'usuelles »,

« à savoir au regard des seuls griefs énumérés à l'art. 190 al. 2 LDIP lorsque l'arbitrage revêt un caractère international. Au demeurant, comme cette motivation doit être contenue dans

*estime qu'il n'y a aucune raison pour reconsidérer la Décision sur la Suspension et conditionner le sursis à l'exécution des décisions sur les frais à la suspension de la procédure CNUDCI», ; voir la Décision du Comité ad hoc du 15 mars 2018 refusant la prétention du Chili dans la **pièce C461**, §§20, 29, 37, 76-82*

⁷¹ Article 21: «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.»

⁷² Article 186 : « **VII. Compétence. 1** Le tribunal arbitral statue sur sa propre compétence. **Ibis** Il statue sur sa compétence sans égard à une action ayant le même objet déjà pendante entre les mêmes parties devant un autre tribunal étatique ou arbitral, sauf si des motifs sérieux commandent de suspendre la procédure. (...)»

⁷³ **Pièce C461**, Décision du Comité ad hoc du 15 mars 2018, §§37 et 76

⁷⁴ Art. 177(1) : « Toute cause de nature patrimoniale peut faire l'objet d'un arbitrage. »

⁷⁵ Art. 178. Convention d'arbitrage : « (2) Quant au fond, elle est valable si elle répond aux conditions que pose soit le droit choisi par les parties, soit le droit régissant l'objet du litige et notamment le droit applicable au contrat principal, soit encore le droit suisse. »

l'acte de recours, le recourant ne saurait user du procédé consistant à prier le Tribunal fédéral de bien vouloir se référer aux allégués, preuves et offres de preuve contenus dans les écritures versées au dossier de l'arbitrage. (...) Le Tribunal fédéral, faut-il le rappeler, statue sur la base des faits constatés dans la sentence attaquée (cf. art. 105 al. 1 LTF). Il ne peut rectifier ou compléter d'office les constatations des arbitres, même si les faits ont été établis de manière manifestement inexacte ou en violation du droit (cf. l'art. 77 al. 2 LTF qui exclut l'application de l'art. 105 al. 2 LTF) [ATF 142 III 239 consid. 3.1] (...) Le droit d'être entendu se rapporte surtout à la constatation des faits. »⁷⁶

« 3.4.3. Pour le surplus, la subsumption effectuée par le Tribunal arbitral à partir de son interprétation correcte de la disposition litigieuse du TBI est intimement liée à la constatation des circonstances factuelles de la cause pertinentes à cet égard. Comme cette constatation relève du domaine exclusif des faits, elle échappe entièrement à la connaissance du Tribunal fédéral (cf. consid. 3.1.2 ci-dessus). »⁷⁷

28. Les Demanderesses sollicitent respectueusement qu'en poursuivant l'idéal de justice et de respect des droits des parties, et dès lors que c'est sur la base des faits tels que décrits par le Tribunal arbitral que le Tribunal Fédéral Suisse tranchera le recours éventuel contre la décision relative à la compétence, le Tribunal arbitral est prié d'énumérer les faits, à partir desquels il va statuer, sur la base des faits et du droit tels qu'établis dans la SI du 8 mai 2008⁷⁸ -dont « le corps, à l'exception de la Section VIII, a autorité de chose jugée »-⁷⁹ dans la Décision du 1^{er} Comité *ad hoc* du 18 décembre 2012⁸⁰, dans la SR du 13 septembre 2016⁸¹ et/ou dans la Décision du 2^{ème} Comité *ad hoc* du 15 mars 2018⁸².

29. Ceci est d'autant plus essentiel que la simple lecture des écritures de la Défenderesse démontre que celle-ci confond le Tribunal CNUDCI avec une cour d'appel. Bien qu'elle s'en défende, elle utilise un procédé des plus critiquables, consistant à reformuler les thèses qu'elle avait soutenue devant l'instance arbitrale du CIRDI, rejetées dans la SI et ou la SR, et à donner une coloration différente aux arguments qui les étayaient, ceci pour lui permettre de classer artificiellement ces arguments en des catégories nouvelles et distinctes. L'État cherche, ainsi, à refaire le procès déjà achevé devant le CIRDI sans se croire lié par les faits et les conclusions

⁷⁶ Pièce C502, ATF 4a.34.2016 du 25 avril 2017, §3.1 *in fine* et 4.4.2

⁷⁷ Pièce C503, ATF 4A_616/2015 du 20 septembre 2016, §3.4.3

⁷⁸ Pièce C14

⁷⁹ Pièce C15, Décision du 1^{er} Comité *ad hoc* du 18 décembre 2012, §359.4, soulignement ajouté

⁸⁰ Ibid.

⁸¹ Pièce C39

⁸² Pièce C501,

établis dans les Sentence et les Décisions qui y ont été prononcées. Alors que le Tribunal Suprême Fédéral suisse a affirmé qu'une sentence arbitrale prononcée en application d'un API et de l'article 53(1) de la Convention CIRDI doit être considérée comme définitive et obligatoire pour les parties, le remède de l'annulation étant celui prévu dans cette Convention.⁸³

30. De surcroît, les écritures de l'État du Chili ont détourné le sens et la portée des arguments soumis par les parties lors de la procédure CIRDI, et sont parsemées de manipulations tellement nombreuses que leur énumération dépasse l'espace raisonnablement disponible dans la présente Réponse.

31. Certaines des confusions ou manipulations créées par l'État Défendeur émergent néanmoins dans l'« *Historique de la procédure* » de la Décision sur la bifurcation du 27 juin 2018, c'est-à-dire dans le résumé établi par le Tribunal arbitral de « *certaines éléments du contexte du litige, tel qu'il semble ressortir désormais des écrits des Parties.* »⁸⁴ Compte tenu que ces questions « *sont jugées pertinentes dans le cadre de la Demande de Bifurcation* »⁸⁵ par le Tribunal arbitral et, le cas échéant, pourraient également l'être par le Tribunal Suprême Fédéral suisse, les Demanderesses ont le devoir d'attirer respectueusement l'attention du Tribunal arbitral sur les observations que ces éléments et questions soulèvent et de solliciter leur rectification.

32. La première remarque est la suivante :

*« la Défenderesse soutient que M. Pey Casado a déclaré explicitement qu'il ne cherchait pas à obtenir une décision déclarant la nullité du Décret N° 165 devant le Tribunal de Santiago en raison de la clause d'option irrévocable incluse dans l'API et à la lumière de l'arbitrage CIRDI. »*⁸⁶ [Soulignement ajouté]

⁸³ **Pièce C504**, ATF 4P.114-2006 du 7 septembre 2006, §4, 25 ASA Bulletin (2007), 123, 139–43.

⁸⁴ Décision sur la bifurcation du 27 juin 2018, §17

⁸⁵ **Ibid.**, §17

⁸⁶ **Ibid.**, §31. Le *Counter Mémorial* (§136) cite de manière achronique le §30 de la Demande des Demanderesses du 2 juin 2008 (**pièce C433**, accessible dans <https://bit.ly/2ht89Qb>) en vue de la révision partielle de la SI, à savoir a) hors son contexte, i.e le refus du TI (SI, §603) de trancher la question relative à la nullité du Décret 165 ; b) à une date, le 2 juin 2008, à laquelle i) le point 5 du Dispositif de la SI avait l'autorité de la chose jugée ; ii) l'État n'avait même pas demandé l'annulation de la totalité de la SI ; iii) le 1^{er} Tribunal civil de Santiago saisi le 4 octobre 1995 par M. Pey n'avait pas encore prononcé son Jugement du 24 juillet 2008, iv) malgré avoir refusé, le 14 novembre 2002, la demande de M. Pey de suspendre la procédure (SI, §§21, 457 in fine ; **pièces C32, C34, C36**) ; c) M. Pey n'ayant eu connaissance du Jugement interne qu'en janvier 2011 ; d) alors que la compétence du TI n'a été définitivement confirmée que le 12 décembre 2012 (Décision du 1^{er}

33. La SI elle-même dément cette image virtuelle -aussi gravement inexacte qu'incohérente- créée par la Défenderesse. Hormis le fait que la formulation de la demande de M. Pey devant le 1^{er} Tribunal civil de Santiago est antérieure de deux ans à l'initiation de l'arbitrage, la Sentence du 8 mai 2008 confirme explicitement que les Demanderesses ont soutenu que la Demande complémentaire du 4 novembre 2002⁸⁷ - pour **déni de justice** lié à la Décision 43 - ne constituait pas une *fork-in-the-road*⁸⁸ et, par conséquent, ne relevait pas de l'article 26 de la Convention du CIRDI:

§480. Selon les demanderesses, la clause d'option irrévocable ne s'applique pas davantage à leur demande complémentaire relative au déni de justice qu'elles prétendent avoir subi dans la procédure introduite devant les tribunaux chiliens pour obtenir la restitution de la rotative Goss. L'exercice de l'option irrévocable serait en effet impossible dans le cas d'un déni de justice car lorsqu'une partie porte un différend devant une juridiction interne et que cette procédure interne débouche sur un déni de justice, par définition imprévisible, alors que par ailleurs la même partie a introduit une procédure d'arbitrage, la demande portée par la suite devant le Tribunal arbitral est nécessairement différente. Le déni de justice dans la procédure introduite en 1995 pour obtenir la restitution de la rotative Goss pourrait donc être porté à la connaissance du Tribunal sans que soit exercée l'option irrévocable. » (Soulignement ajouté)

« § 641. (...) les demanderesses ont soutenu que le délai important de la procédure devant la Première Chambre civile de Santiago pour la restitution de la rotative Goss ou l'indemnisation de sa valeur de remplacement et l'absence de décision depuis plus de dix ans constituaient un déni de justice de la part du Chili.⁵⁹⁹»

642. En outre, les demanderesses, qui notent au passage que la « fork-in-the-road » et le déni de justice sont des notions incompatibles... » [Soulignement ajouté]

Comité *ad hoc*). Bref des circonstances et des faits nouveaux intervenus tous après la demande en révision de la SI le 2 juin 2008.

⁸⁷ Pièce C35

⁸⁸ Pièce C14, SI, chapitre « VII. RESPONSABILITÉ DE L'ÉTAT POUR LES VIOLATIONS DE L'API. B. Le bien-fondé des violation alléguées »

⁸⁹ Pièce C14, SI, « Nbp 599 : « Les parties demanderesses ont résumé leur position lors de l'audience du 15 janvier comme suit : ' En l'espèce, **le Chili a commis un acte de déni de justice**, d'un côté, par le délai extraordinaire à établir une vraie solution. A l'heure où nous parlons, nous nous situons plus de dix ans après la requête originale et, à ce jour, il n'y a pas eu de résolution en première instance. Le délai de résolution d'un différend porté à la connaissance des cours est en soit un motif de **déni de justice** si ce délai est irraisonnable'.⁵⁹⁹ Transcription de l'audience du 15 janvier 2007, p. 93, para. 10-16 (Me Garcés). V. aussi réplique des demanderesses au contre-mémoire de la défenderesse, du 23 février 2003, p. 107 ; Transcription de l'audience du 16 janvier 2007, p. 47 (Me Malinvaud) : '[...] le refus répété d'indemnisations à partir de 1995 est bien un **déni de justice** qui est un fait de l'Etat en réalité distinct de l'expropriation invoquée au titre de l'article 5 du Traité et qui est applicable à toutes les demandes qui sont présentées devant votre Tribunal' » [soulignement ajouté]

34. Et, en effet, la SI a affirmé explicitement que la Demande complémentaire du 4 novembre 2002 des Demanderesses devant le CIRDI n'a pas eu d'influence sur la compétence du 1^{er} Tribunal civil de Santiago pour trancher le fond de la question qui lui avait été soumise:

Nbp 409 : « *Selon les parties demanderesses, cette procédure interne, qui vise à obtenir la restitution de la rotative Goss, n'a donné lieu à aucune « sentence » (...) Les décisions invoquées par la défenderesse ne peuvent de fait être qualifiées de jugement sur le fond de l'affaire (:::) le Conseil national de Défense a répondu à la requête du 4 octobre 1995 en invoquant le défaut de qualité pour agir de la partie demanderesse (...). L'appel formé par M. Pey Casado contre la décision du 20 décembre 1996 a pu être rejeté le 4 octobre 2002 par la Cour d'appel de Santiago (v. contre-mémoire de la défenderesse du 3 février 2003, pp. 117-118 et annexe 109 au contre-mémoire) mais il ne s'agit pas d'une décision sur le fond. »*

§457 : « (...) *La défenderesse avance également que la Première Chambre civile de Santiago aurait rejeté la demande de suspension formulée par M. Pey Casado au moment où les parties demanderesses ont déposé leur demande complémentaire. »*

§603 .« (...) *A la connaissance du Tribunal, la validité du Décret n°165 n'a pas été remise en cause par les juridictions internes (...).*»

35. Cette incompatibilité entre le déni de justice et le *fork-in-the-road* de l'article 10(2) de l'API affirmée par les Demanderesses et la SI est corroborée, également, par les faits incontestables suivants :

- a) Par le fait que l'État n'a pas invoqué, après la demande complémentaire d'arbitrage du 4 novembre 2002, l'article 26 de la Convention du CIRDI afin de clore la procédure interne initiée le 4 octobre 1995⁹⁰ où il était question de l'invalidité du Décret n° 165;
- b) Par le fait que les §§666-673 de la SI prennent en considération la *reconnaissance* par l'État du Chili devant le Tribunal arbitral de l'invalidité des confiscations sous le

⁹⁰ Le §22 de la Décision sur la bifurcation du 26 juin 2018 situe par erreur en « *septembre* » 1995 la demande commençant la procédure devant le Premier Tribunal civil de Santiago à l'encontre du Trésor chilien qui devait attester l'invalidité du Décret 165. Elle a été formulée le 4 octobre 1995, comme constate la SI (§78) après avoir demandé au Chef de l'État le 6 septembre 1995 (**pièce R-0079**) la restitution de la totalité des « *biens confisqués, et actuellement aux mains du Fisc, appartenant à 'l'Entreprise Périodique Clarín Ltée' et au 'Consortium Publicitaire et Périodique S.A.'* » (SI, §444), en non seulement « *plusieurs autres biens d'El Clarín* » comme affirme ledit §22 de la Décision. Le texte intégrale de la Demande du 4 octobre 1995 figure dans la **pièce C16**, la Réponse de l'État le 17 avril 1996 et la Réplique de M. Pey le 26 avril suivant dans les **pièces C17** et **C67**, respectivement

régime *de facto* et du devoir d'indemnisation de leurs propriétaires (« *une obligation qui pèse toujours sur la Défenderesse* », rappelle la SR dans le §244 *in fine*);

c) Par le fait que le §674 et les points 2 et 3 du Dispositif de la SI condamnent l'État à compenser les Demanderesses pour déni de justice ;

d) Par le fait que l'État ayant prononcé le Jugement du 24 juillet 2008 a reconnu implicitement que M. Pey n'avait pas exercé le *fork in the road* lorsqu'en mai 2002 il avait communiqué au 28^{ème} Tribunal civil de Santiago⁹¹ la Demande complémentaire soumise le même jour devant le Tribunal du CIRDI, et lui avait demandé de suspendre provisoirement la procédure interne⁹² ;

e) Par le fait que lors de la procédure en révision de la SI, entre juin 2008 et novembre 2009, l'État s'est également abstenu d'invoquer l'article 26 de la Convention du CIRDI alors qu'il avait connaissance (non M. Pey) du prononcé du Jugement du 24 juillet 2008 ;

f) Par le fait que l'État n'a pas invoqué cet article pour solliciter du 1^{er} Tribunal civil de Santiago l'annulation des actes postérieurs à ladite date du 4 novembre 2002, mais, au contraire, le 16 juin 2009 il a sollicité que le Tribunal chilien déclare que M. Pey aurait «abandonné» la procédure interne six mois après le prononcé du Jugement du 24 juillet 2008⁹³ (ce qui en droit chilien signifie une négligence dans une procédure poursuivie);

g) Par le fait que lors de la procédure en annulation de la totalité de la SI, initiée le 5 août 2008 par l'État, celui-ci s'est opposé à ce que ledit Jugement interne soit apporté à la procédure le 30 mars 2011⁹⁴, sans que l'État mentionne que ce Jugement aurait été prononcé au mépris d'une supposée *fork-in-the road* de l'article 10(2) de l'API ou de

⁹¹ **Pièce 505e**, feuillets 383-384

⁹² **Pièce C14**, SI, «*La défenderesse avance également que la Première Chambre civile de Santiago aurait rejeté la demande de suspension formulée par M. Pey Casado au moment où les parties demanderesses ont déposé leur demande complémentaire*» ; **pièce C36**, la 1^{ère} Chambre Civile de Santiago rejette le 14 novembre 2002 la demande de suspension provisoire de la procédure formulée par les Demanderesses à la suite de la Décision du Tribunal arbitral initial joignant la compétence au fond dans la procédure arbitrale pour déni de justice auprès du CIRDI ; **pièce C36bis**, Recours en reconsidération et subsidiairement en appel de M. Pey Casado, le 20 novembre 2002, contre la décision du 14 novembre 2002 de la 1^{ère} Chambre civile de Santiago qui rejette la suspension provisoire de la procédure interne

⁹³ **Pièce C53**

⁹⁴ **Pièces C41, C42, C44 à C51**, et §38 de la Décision sur la bifurcation des exceptions à la compétence du Tribunal arbitral

l'obligation d'*electa una via, non datur recursus ad alteram* de l'article 26 de la Convention du CIRDI.

36. Ces précisions à l'appui d'une rectification dans la rédaction du §31 de la Décision sur la bifurcation ont un rapport direct avec l'exception à la compétence du présent Tribunal arbitral, soumise par l'État Défendeur fondée sur une *fork-in-the-road* imaginaire et un article 26 de la Convention CIRDI -de nature procédurale, non juridictionnelle-inopérant en l'espèce.⁹⁵

*

37. La deuxième remarque relative à « l'*Historique de la Procédure* » est la suivante :

*«En novembre 2002, M. Pey Casado et la Fondation ont présenté au tribunal CIRDI constitué pour connaître de leurs demandes (le « Premier Tribunal ») une demande complémentaire visant à obtenir des dommages-intérêts pour la saisie de la rotative Goss »*⁹⁶

[soulignement ajouté]

38. Il y a ici une confusion, qui découle probablement de l'image virtuelle créée à ce sujet dans le *Counter-Memorial*⁹⁷, qui plaide à nouveau l'argument soumis devant le 1^{er} Comité *ad hoc* à l'appui de l'annulation de la totalité de la SI, à savoir:

*« (...) Bien que la Demande complémentaire des Demanderesses en date du 4 novembre 2002 fût relative à la rotative Goss, le Chili soutient qu'il s'agissait uniquement d'une demande en restitution de la rotative ou en indemnisation au titre de sa **confiscation**. (...) le conseil du Chili a résumé l'argument dans les termes suivants : 'it [Claimants' Ancillary Request] does refer to the denial of justice, it does refer to the Goss machine, but it does not refer to the basis on which the Tribunal ruled against Chile, which was the delay [...]. [T]hey never articulated any denial of justice claim under international law as a free-standing claim.' En résumé, selon le Chili, lorsque les Demanderesses ont fait référence à une demande fondée sur le déni de justice pour*

⁹⁵ Voir le §67 de la Décision sur la bifurcation : « *Le premier* [argument d'incompétence] *concerne le caractère exclusif des procédures CIRDI consacré à l'article 26 de la Convention CIRDI* » ; le §68 : « *Le second argument de la Défenderesse consiste à affirmer que l'article 10(3) du Traité, qui est une clause de sélection de for comportant les termes "one of the following arbitration bodies", implique nécessairement qu'un investisseur ne peut soumettre un différend à la fois à l'arbitrage CIRDI et CNUDCI, mais doit choisir l'un d'eux* » ; le §74 : « *La Défenderesse soutient que ces demandes sont proscrites par l'exclusivité de la procédure CIRDI et par la clause d'élection de for de l'API.* »

⁹⁶ Décision sur la bifurcation, §27

⁹⁷ §§32, 37, 107, 216, 243-250, 291, 301 ou 304

*la rotative Goss dans leurs écritures ultérieures, c'était toujours dans le cadre de demandes fondées sur une **confiscation.***»⁹⁸ [Soulignement ajouté]

39. Le 1^{er} Comité *ad hoc* a rejeté cette manipulation de la part de l'État du différend résidant, essentiellement, dans la Décision n°43 [du 28 avril 2000] et le déni de justice qui lui est lié (SI, §§464, 623, 674, 679):

« 186. Dans la Sentence, le Tribunal résume bien les positions des parties. En ce qui concerne les Demanderesses, il renvoie à leurs écritures du 11 septembre 2002, **du 4 novembre 2002** et du 23 février 2003 ainsi qu'à leurs plaidoiries lors de l'audience de janvier 2007. S'agissant de la Défenderesse, le Tribunal relève que le Chili n'a pas développé une analyse très complète des concepts de déni de justice ou de traitement juste et équitable, mais il suppose qu'il s'agissait d'un choix délibéré. Le Tribunal mentionne seulement quelques remarques faites par le conseil de la République lors des audiences de 2003 et de 2007. »

« 187. Après avoir examiné les arguments des parties et les paragraphes pertinents de la Sentence, **le Comité conclut que les Demanderesses ont bien présenté au Tribunal une demande fondée sur le déni de justice en ce qui concerne la rotative Goss** »⁹⁹ [Soulignement ajouté]

40. Cette conclusion du 1^{er} Comité *ad hoc* est *res iudicata* et parfaitement applicable en l'espèce.

41. Pour sa part, la SR fait état que le Chili a soutenu devant le TR le contraire de ce qu'il a affirmé le 21 mai 2018 devant le présent Tribunal arbitral:

«La Défenderesse soutient que ... C) la demande accessoire des Demanderesses du 4 novembre 2002 **n'était pas une demande en restitution au titre de la saisie** de la rotative Goss, mais une demande en réparation du préjudice subi par M. Pey Casado **au titre du déni de justice** »¹⁰⁰ [soulignement ajouté]

42. En conséquence, les Demanderesses sollicitent respectueusement que le Tribunal arbitral rectifie ou nuance, de la manière qu'il estimera la plus opportune, ce §27 de la Décision sur la bifurcation dès lors que la demande complémentaire de novembre 2002 n'a

⁹⁸ Pièce C15, Décision du 1^{er} Comité *ad hoc*, du 18 décembre 2012, §178, citations omises

⁹⁹ *Ibid.*, §§180-187, citations omises

¹⁰⁰ Pièce C15, SR, §145 et 142, citations omises

nullement exercé de *fork in the road* mais visait à obtenir des dommages-intérêts **pour déni de justice**, comme l'affirme très précisément la SI dans sa partie *res iudicata* :

« La demande complémentaire des demanderesses du 4 novembre 2002, confirmée par leurs mémoires postérieurs et lors des audiences, consiste à porter devant le Tribunal non pas la demande de restitution de la rotative Goss mais une demande de réparation pour le préjudice découlant du déni de justice subi par M. Pey Casado dans cette procédure interne. »¹⁰¹

43. Si la rédaction actuelle de ce §27 n'était pas rectifiée ou nuancée, elle pourrait avoir une incidence sur la détermination de la compétence du Tribunal arbitral pour connaître de la demande de *restitutio in integrum* en compensation du dommage causé par les violations de l'API « *résidant essentiellement dans la Décision n°43 [du 28 avril 2000] et le déni de justice allégué qui lui est lié (...)* » (SI, §§464, 623, 674, 679), et les violations postérieures au 8 mai 2008 -qui sont sans commune mesure avec la restitution/indemnisation de la rotative- et le *quantum* du préjudice qui en a découlé, que la SR du CIRDI a considéré hors de sa compétence (§§216 et 244 *in fine*).

44. En effet, la tromperie envers le présent Tribunal arbitral a ainsi consisté à remplacer par une image virtuelle -une supposée demande de réparation « *au titre de la saisie* » de 1973- quelque chose de radicalement différent, à savoir que l'objet de la Demande complémentaire du 4 novembre 2002 portait sur la *réparation* des violations de l'API « *résidant essentiellement dans la Décision n°43 [du 28 avril 2000] et le déni de justice allégué qui lui est lié (...)* » (SI, §§464, 623, 674, 679), et en aucun cas de la saisie commise avant l'entrée en vigueur de l'API.

45. L'image virtuelle ainsi créée par l'État est directement contraire à la *res iudicata* de la SI et, par conséquent, ne peut qu'avoir été soigneusement étudiée en vue d'influencer la décision du Tribunal au préjudice des investisseurs dès lors qu'elle vise à obtenir que le Tribunal arbitral déclare hors sa compétence une prétention que celui-ci ne trouvera formulée dans aucun Mémoire des Demanderesses¹⁰² -à savoir, des dommages-intérêts « *pour la saisie* » de 1973- ni dans la Sentence de Réexamen, qui ayant fixé sa compétence temporelle à la date critique du 3 novembre 1997 (SR, §216) a exclu de la compétence du TR les questions surgies

¹⁰¹ **Pièce C14**, SI, §494, qui dans ses §§473-476 synthétise les allégations de l'État du Chili que la SI a rejetées et que celui-ci reformule une troisième fois devant le Tribunal sous les Règles de la CNUDCI

¹⁰² Voir le **Mémoire** du 27 juin 2014 (**pièce C506**, accessible dans <https://bit.ly/2xdqzt3>) et la Réplique du 9 janvier 2015 (**pièce C554**, accessible dans <https://bit.ly/2xaUnGu>), procédure de réexamen en vue de la détermination du *quantum* de l'indemnisation due par l'État du Chili

entre les parties après le 28 avril 2000 sur lesquelles portaient les prétentions formulées dans ces Mémoires, à savoir des questions ayant l'autorité de la chose jugée :

a) la violation de l'API commise le 28 avril 2000 :

*« (...) un acte composite comprenant une série d'atteintes au traitement juste et équitable de l'investissement des parties demanderesses, résidant essentiellement dans la Décision n°43 et le déni de justice allégué qui lui est lié concernant la rotative Goss. Ces faits sont tous postérieurs à l'entrée en vigueur de l'API. (...) l'absence de décision en première instance sur le fond des demandes des parties demanderesses pendant sept années, c'est-à-dire entre septembre 1995 et le 4 novembre 2002 (moment de l'introduction de la demande complémentaire dans la présente procédure) doit être qualifié comme un déni de justice de la part des tribunaux chiliens. »*¹⁰³

b) la cause et l'objet du différend surgi en 2002-2003 (et en conséquence la quantification de la réparation corrélative), qui porte sur les violations de l'API « résidant essentiellement dans la Décision n°43 [du 28 avril 2000] et le déni de justice allégué **qui lui est lié** (...)» (SI, §§464, 623, 674, 679, soulignement ajouté):

*« Le Tribunal estime que le dernier différend entre les parties, s'est cristallisé au cours de la période 2002-2003. Avec l'introduction de leur demande complémentaire le 4 novembre 2002, les demanderesses ont, pour la première fois dans cette procédure, reproché à l'État chilien un déni de justice et ainsi formulé une réclamation. C'est en demandant au Tribunal arbitral dans son mémoire du 3 février 2003 de rejeter la demande complémentaire des demanderesses que la défenderesse a confirmé l'existence d'un différend sur la question du déni de justice »*¹⁰⁴,

46. Or dans le **Mémoire** (§86), les points soulevés trouvent

« leurs fondements dans les infractions par l'État chilien aux obligations établies aux articles 1, 3(1), 4, 5, 10(2) et 10(5) de l'API depuis les 8 mai 2008 et 24 juillet 2008. Elles s'apparentent à un acte « complexe », dans le sens de la définition du prof. Roberto Ago (suivie dans l'article 25(3) du Projet d'articles sur la responsabilité des États pour faits internationalement illicites approuvé par la CDI en 1996)⁴⁰⁵, plutôt qu'à l'acte illicite dans le sens de l'article 15 du Projet de la CDI approuvé en 2001 intégrant à la fois l'acte

¹⁰³ Pièce C14, SI, §§464, 623, 679

¹⁰⁴ Ibid., §464

« composite » (§1) et son *tempus delicti commissi* (§2)¹⁰⁵ L'activité illégale a en tout état de cause un caractère composite, comprenant une série d'atteintes depuis le 8 mai 2008 à l'investissement des parties demanderesse, qui ont enfreint les articles 3, 4 et 5 de l'API, consistant en une succession d'actions ou omissions en relation avec le même cas, sans exclure que certaines de ces actions puissent avoir enfreint le droit international de manière indépendante. »

*

47. La troisième remarque relative aux faits sur lesquels se fonde « l'Historique de la Procédure » est la suivante :

« Le 18 novembre 2009, la Décision sur la demande en révision a déclaré irrecevable la requête en révision de la Première Sentence formulée par les Demandeurs au motif qu'elle constituait un appel déguisé de la Première Sentence. »¹⁰⁶

48. Il s'agit ici d'une autre image virtuelle façonnée par la Défenderesses. La Décision du Tribunal initial sur la révision, du 18 novembre 2009, a pris soin d'en attribuer la seule responsabilité à l'État du Chili, le Tribunal ne l'a pas assumée :

« 14. (...) la révision n'est pas un appel de la sentence, ce que les deux Parties s'accordent à reconnaître, étant pourtant précisé que **la Partie défenderesse a estimé que, en l'espèce, la Demande constituait en réalité une sorte d'appel déguisé.** »¹⁰⁷ [Soulignement ajouté]

49. En effet, la Demande en révision de la Sentence du 8 mai 2008, initiée par les Demanderesses le 3 juin suivant, était fondée sur une déclaration du 22 février 2008 du Président du Conseil de Défense de l'État, connue par les Demanderesses après la SI.

¹⁰⁵ Article 15: "**VIOLATION CONSTITUÉE PAR UN FAIT COMPOSITE** 1. La violation d'une obligation internationale par l'État à raison d'une série d'actions ou d'omissions, définie dans son ensemble comme illicite, a lieu quand se produit l'action ou l'omission qui, conjuguée aux autres actions ou omissions, suffit à constituer le fait illicite. 2. Dans un tel cas, la violation s'étend sur toute la période débutant avec la première des actions ou omissions de la série et dure aussi longtemps que ces actions ou omissions se répètent et restent non conformes à ladite obligation internationale. »

¹⁰⁶ Décision sur la bifurcation, §30

¹⁰⁷ **Pièce C344**, Décision du 18 novembre 2009 sur la Demande de révision de la Sentence arbitrale du 8 mai 2008, §14, accessible dans <https://bit.ly/2i88JQO>

50. A la différence de ce qu'affirme le §30 de la Décision sur la bifurcation, le TI a déclaré irrecevable la demande de révision au motif, notamment, que

« la démonstration (exigée par l'article 51 de la Convention et l'article 50(1)(C)(ii) du Règlement d'arbitrage) ne paraît pas avoir été faite de l'existence et de la découverte d'un 'fait nouveau', qui aurait été inconnu des Demanderesses en révision sans qu'il y ait eu de leur part 'faute à l'ignorer', c'est-à-dire une 'négligence' selon le texte anglais ou espagnol de l'article 51 (une faute intentionnelle devant être exclue) »¹⁰⁸ [soulignement ajouté].

51. La modification du §30 de la Décision sur la bifurcation est respectueusement sollicitée pour avoir un rapport direct avec la compétence du Tribunal à l'égard de la compensation des dommages consécutifs causés lors de la procédure en révision de la SI et réclamés dans le **Mémoire**.¹⁰⁹

*

52. La quatrième remarque fait référence au §40 de « *l'Histoire de la Procédure* » :

“Dans la Procédure de réexamen, les Demandeurs ont fait valoir que la Défenderesse avait commis un déni de justice en dissimulant l'existence de la décision du 24 juillet 2008 rendue par le Tribunal civil de Santiago, et ont demandé une indemnisation au titre de l'expropriation de leurs biens qui avait eu lieu en 1973. » [Soulignement ajouté]

53. Voilà encore une autre image virtuelle créée par l'État Défendeur (voir *supra* §39).

54. Aucune demande au titre de la saisie *de facto* le 11 septembre 1973 ni de l'expropriation en 1975 n'a été formulée par les Demanderesses dans la procédure de réexamen, le seul objet de celle-ci étant la fixation du montant de l'indemnisation pour des violations de l'API commises après l'entrée en vigueur de celui-ci, comme l'atteste la

¹⁰⁸ **Ibid**, §§17-20 et 40. Le Tribunal arbitral est prié de remarquer que, par contre, tout au long de la procédure en révision terminée le 18 novembre 2009 l'État a occulté aux Demanderesses, et, en conséquence au Tribunal arbitral, le prononcé du Jugement du 24 juillet 2008 dont le Considérant 9^{ème} mettait en question la validité du Décret 165, alors que le statut en droit interne de celui-ci était l'objet même de la procédure en révision de la SI

¹⁰⁹ Voir le §146 et la Section X(vii) du **Mémoire** et les §§ de la Décision sur la bifurcation nos. 73 (« *le remboursement de leurs frais encourus lors de la (...) Procédure de révision* » et 74 (« *la prétendue tentative du Chili de dissimuler la décision du 24 juillet 2008* »)

Sentence de réexamen dans la section « C. Les décisions sollicitées par les Demanderesses », le §189 :

« Les décisions sollicitées par les Demanderesses figurent au paragraphe 514 de leur Mémoire¹¹⁰. Elles comprennent sept demandes de dommages-intérêts ou, à titre subsidiaire, pour enrichissement sans cause, qui n'ont pratiquement pas changé tout au long de l'instance, bien qu'elles aient fait l'objet de développements plus détaillés dans la Réponse. Les trois premières demandes sont relatives à la réparation du préjudice subi du fait des violations de l'article 4 du TBI par la Défenderesse ainsi qu'au titre du manque à gagner, ou, subsidiairement, au remboursement de l'enrichissement sans cause de la Défenderesse (...) Le quatrième chef est une demande de réparation du préjudice moral (...). Les trois autres chefs sont des demandes accessoires relatives à une majoration à hauteur de l'impôt payé, aux intérêts et aux frais»,

ce que confirme le §228 de la SR, qui constate la différence « tant sur le plan factuel que juridique » entre les décisions sollicitées dans la procédure de réexamen pour des violations à l'article 4 de l'API (discrimination et déni de justice) survenues en 2000 et 2002 et celles dans la procédure initiale relatives à l'article 5 (expropriation):

« Ce Tribunal tire de ce qui précède les conclusions suivantes, qui représentent son interprétation des parties de la Sentence Initiale assorties de l'autorité de la chose jugée (...) b) les questions qui entrent valablement dans le champ du différend au regard du TBI, à savoir les allégations, soutenues par les Demanderesses, tirées d'une violation de l'article 4 du TBI (traitement juste et équitable) résultant des retards dans l'affaire de la rotative Goss et de la Décision n° 43, sont distinctes, tant sur le plan factuel que juridique, de l'expropriation initiale. » [Soulignement ajouté]

55. Dans la procédure de réexamen les Demanderesses ont exercé le droit que le TI initial ne leur avait pas permis d'appliquer et dont le 1^{er} Comité *ad hoc* a reconnu le bien-fondé dans la Décision du 18 décembre :

« §266. De l'avis du Comité, ces échanges postérieurs à l'audience [de janvier 2007 devant le TI] ne constituent pas une possibilité équitable de débattre de la réparation au titre de la violation de l'article 4 de l'API. Même si le Tribunal a bien utilisé des éléments objectifs pour l'évaluation des dommages-intérêts (les données communiquées et débattues par les parties), à aucun moment il ne s'est référé à des arguments invoqués par l'une ou l'autre des parties.

¹¹⁰ Pièce C506, Mémoire en Demande du 27 juin 2014, procédure de réexamen de la SI

Comme elles l'ont expliqué dans leur Contre-mémoire sur l'annulation¹¹¹, les Demanderesses ont soutenu, lors de l'audience de janvier 2007, que l'indemnisation due était équivalente à celle résultant de la confiscation, étant donné que la violation de l'API par le Chili avait pour conséquence d'empêcher les Demanderesses d'obtenir une indemnisation au titre de la confiscation. Le Tribunal a cependant adopté un autre standard. Il a placé les Demanderesses dans la situation dans laquelle elles se seraient trouvées s'il n'y avait pas eu de violation de l'API, et il a accordé le montant fixé par la Décision n° 43. »¹¹²

Le premier Comité *ad hoc* raisonne ici dans la logique de la règle à vocation universelle de l'Association de droit international (ADI ou ILA), à savoir que

“les effets positifs et négatifs de l'autorité de chose jugée s'étendent aux questions de fait ou de droit effectivement débattues devant le tribunal arbitral et décidées dans la sentence, à condition que ces décisions aient été essentielles et/ou fondamentales pour aboutir au dispositif de la sentence”¹¹³

dès lors que cette question de droit avait été posée par les Demanderesses mais n'a pas été décidée dans la SI. Le Comité *ad hoc* a tenu à remarquer cela dans la section où il annule le point 4 du Dispositif de la SI.

56. En effet, divers Tribunaux internationaux ont établi que lorsque, comme en l'espèce, les effets d'un déni de justice ou autre violation de l'obligation d'un traitement juste et équitable ont consisté à détruire la valeur totale de l'investissement, cela donnait l'indication d'un dédommagement équivalent à la valeur totale, telle que calculée en accord avec une méthode financière valable. Par exemple, *AWG v. Argentina and White Industries v. India*.¹¹⁴

57. Il est généralement admis que, lorsque la violation d'un traité d'investissement résulte en la perte totale de l'investissement de la victime hors expropriation, il est tout à fait approprié d'évaluer ses dommages et intérêts en se fondant sur la valeur de marché de l'investissement :

¹¹¹ [201 Voir C-Mém. Dem. Annul., para. 613.] Il s'agit de la Duplique des Demanderesse du 28 février 2011 qui figure dans la **pièce C40**

¹¹² **Pièce C15**, Décision du 1^{er} Comité *ad hoc* du 18 décembre 2012, §266

¹¹³ **Pièce C215**, International Law Association, *Recommandations sur l'autorité de la chose jugée en arbitrage*, Recommandation 4.2

¹¹⁴ **Pièce C31**, *White Industries Australia Ltd v. India*, ad hoc—UNCITRAL, Final Award, 30 Novembre 2011

*In a number of cases, a non-expropriatory violation has produced effects similar to those of an expropriation, ie the total loss of the investment, for example due to the destruction of property or termination of a concession. In these circumstances, arbitrators have logically chosen to measure the loss, and therefore compensation, by focusing on the market value of the investment lost.*¹¹⁵

58. Comme le Professeur Lowenfeld l'a constaté :

*It is worth noting that the BITs set out the criteria for compensation only in respect to expropriation or measures tantamount to expropriation. No comparable criteria are set out in any of the treaties for breach of the obligation to accord national treatment, most-favoured-nation treatment, full protection and security, or fair and equitable treatment. Arbitral tribunals that have found a violation of one or more of these provisions have in effect borrowed from the provisions and precedents concerned with expropriations.*¹¹⁶

59. Ainsi, le standard de 'fair market value' a été de nombreuses fois appliqué par les Tribunaux arbitraux pour la violation du traitement juste et équitable, entre autres dans les affaires, *MTD c. Chili*¹¹⁷, *Azurix v. Argentina*¹¹⁸, *CMS v. Argentina*¹¹⁹, *Enron v. Argentina*¹²⁰,

¹¹⁵ **Pièce C131**, Ripinsky (R.), Williams (K.), *Damages in International Investment Law*, British Institute of International and Comparative Law, 2008, page 92

¹¹⁶ **Pièce C507**, Lowenfeld (A. F.), *International Economic Law*, Oxford, Oxford Univ. Press, édition de 2008, page 567 et ss., citant l'affaire *Metalclad* et notant que : « *In Metalclad, where both denial of fair and equitable treatment and expropriation were found, the Tribunal held that compensation under both provisions would be the same, since both violations involved the complete frustration of the operation and loss of the investment.* »

¹¹⁷ **Pièce C132**, *MTD Equity et al v Chile*, Award of 25 Mai 2004, ¶ 238, le Tribunal a appliqué le standard de la CIPJ dans l'affaire Chorzów pour estimer les dommages pour infraction au traitement juste et équitable

¹¹⁸ **Pièce C51**, *Azurix v. Argentina*, ICSID Case No. ARB/01/12, Sentence, 14 juillet 2006, ¶ 424, a calculé les dommages pour infraction à l'obligation de traitement juste et équitable appliquant le standard du *fair market value* que l'API prévoit pour l'expropriation

¹¹⁹ **Pièce C271**, *CMS Gas Transmission Company v. Argentina*, ICSID Case No. ARB/1/8, Sentence, 12 mai 2005, ¶ 410, où le Tribunal arbitral s'est dit « *persuaded that the cumulative nature of the breaches discussed here is best dealt with by resorting to the standard of fair market value. While this standard figures prominently in respect of expropriation, it is not excluded that it might also be appropriate for breaches different from expropriation if their effect results in important long-term losses.* »

¹²⁰ **Pièce C273**, *Enron Corporation and Ponderosa Assets, LP v. Argentine Republic*, ICSID Case ARB/01/3, Sentence, 22 mai 2007, ¶¶ 361 et 363, où le Tribunal arbitral a estimé : « *The present Tribunal finds that the appropriate approach in the instant case is that of compensation for the difference in the 'fair market value' of the investment resulting from the Treaty breaches.[...] On occasions, the line separating indirect expropriation from the breach of fair and equitable treatment can be rather thin and in those circumstances the standard of compensation can also be similar on one or the other side of the line. Given the cumulative nature of the breaches that have resulted in a finding of liability, the Tribunal believes that in this case it is appropriate to apply the fair market value to the determination of compensation.* »

*Vivendi v. Argentine*¹²¹, *Técnicas Medioambientales v. le Mexique*¹²², *Asian Agricultural Products Ltd v Sri Lanka*¹²³, *ADC v. Hungary*¹²⁴, *Metalclad Corp v. le Mexique*¹²⁵, *Sempra v. Argentina*¹²⁶, *Wena Hotels contre l’Egypte*¹²⁷, *Occidental Exploration and Production Company v Ecuador*¹²⁸, *Philips Petroleum v. Iran*¹²⁹, *Marion Unglaube v. Republic of Costa Rica*¹³⁰, *Gemplus et al c. Mexique*¹³¹, *Gold Reserve Inc. v. Venezuela*¹³²333. »

60. Dans de tels cas les tribunaux arbitraux n’ont pas tenté de spéculer quant à ce qu’il serait advenu si telle ou telle démarche entreprise par les Demandeurs était parvenue à faire droit à la réclamation de l’investisseur, de telles spéculations étant futiles compte tenu que l’effet du comportement illicite avait consisté précisément à stériliser, paralyser, effacer la possibilité

¹²¹ **Pièce C270**, *Vivendi v. Argentina*, ICSID Case No. ARB/97/3, Sentence, 20 août 2007, ¶¶ 8.2.9 et 8.2.10. Le Tribunal arbitral a considéré : « *Claimants’ principal claim for compensation is based on the “fair market value” of the concession established by a lost profit analysis. [...] ‘Fair market value’ can be considered the equivalent of ‘actual value’ as those words are used in Article 5. This standard has also generally been accepted as appropriate compensation for expropriation. However, as pointed out by the tribunal in CMS Gas Transmission Co. v. Argentine Republic a “fair market value” standard might also be appropriate for other breaches which result in long-term losses. The Azurix tribunal also concluded that it could properly resort to fair market value to compensate breaches other than expropriation – in particular the fair and equitable standard. In its award, it noted the particular relevance of the government having taken over the concession* »

¹²² **Pièce C281**, *Técnicas Medioambientales v. Mexico*, Sentence, 29 mai 2003, (2004) 43 ILM 133, ¶ 187

¹²³ **Pièce C201**, *Asian Agricultural Products Ltd v Sri Lanka*, Award, 27 juin 1990, (1997) 4 ICSID Reports 246, ¶ 88

¹²⁴ **Pièce C139**, *ADC v. Hungary*, Award, 2 février 2006, ¶445

¹²⁵ **Pièce C263**, *Metalclad Corp v. Mexico*, Sentence, 30 août 2000, (2001) 40 ILM 36, ¶ 122

¹²⁶ **Pièce C274**, *Sempra Energy International v. Argentina*, Sentence, 28 septembre 2007, ¶¶ 403-4, où le Tribunal a commenté : « *It must be noted that this provision addresses specifically the case of expropriation which the Tribunal has concluded has not taken place in the present case. The Treaty does not specify the damages to which the investor is entitled in case of breach of the Treaty standards different from expropriation. Although there is some discussion about the appropriate standard applicable in such a situation, several awards of arbitral tribunals dealing with similar treaty clauses have considered that compensation is the appropriate standard of reparation in respect of breaches other than expropriation, particularly if such breaches cause significant disruption to the investment made.159 In such cases it might be very difficult to distinguish the breach of fair and equitable treatment from indirect expropriation or other forms of taking and it is thus reasonable that the standard of reparation might be the same.* »

¹²⁷ **Pièce C508**, *Wena Hotels Limited v Egypt*, Award, 8 Decembre 2000, (2002) 41 ILM 881, ¶ 118

¹²⁸ **Pièce C160**, *Occidental Exploration and Production Company v Ecuador*, Award, 1 Juillet 2004, (2006) 45 ILM 246, ¶ 187

¹²⁹ **Pièce C307**, *Philips Petroleum v. Iran*, Sentence, 29 juin 1989, ¶ 106

¹³⁰ **Pièce C161**, *Marion Unglaube v. Republic of Costa Rica*, Award 16 mai 2012, ¶¶ 307, 308

¹³¹ **Pièce C308**, *Gemplus S.A. et al v Mexico*, Award, 16 Juin 2010, ¶¶ 12-52, 12-53, 16-16

¹³² **Pièce C309**, *Gold Reserve Inc v. Venezuela*, Sentence, 22 septembre 2014, ¶¶ 674 et 680-1, où le Tribunal arbitral a statué : « *both Parties contend that, even in the case of no expropriation, the appropriate measure of damages in the present circumstances is fair market value. [...] the serious nature of the breach in the present circumstances and the fact that the breach has resulted in the total deprivation of mining rights suggests that, under the principles of full reparation and wiping-out the consequences of the breach, a fair market value methodology is also appropriate in the present circumstances. [...] As the consequence of the serious breach in the present situation was to deprive the investor totally of its investment, the Tribunal considers it appropriate that the remedy that would wipe-out the consequences of the breach is to assess damages using a fair market value methodology* »

d'accès à la justice. Comme indiqué dans la discussion sur le dédommagement dans *White Industries v. India*¹³³₃₃₄ (§§14.3.3 et 14.3.6), il suffisait, en l'espèce, pour le Tribunal de déterminer, sur des bases objectives, qu'une juridiction interne raisonnable, appliquant les critères de droit pertinents, aurait statué en faveur des Demanderesses, en l'absence des actes internationalement illicites ayant fait échec aux procédures internes pertinentes entreprises, pour compenser l'investisseur pour la totalité de la valeur correspondant à ses prétentions évincées.

61. La correction de ce §40 est respectueusement sollicitée à cause de la possible influence de cette imprécision sur la décision à venir concernant la compétence du présent Tribunal arbitral dès lors que, dans la procédure de réexamen, ni les investisseurs ont formulé une demande d'indemnisation au titre de l'expropriation de leurs biens en 1973, ni le TR leur a attribué avoir demandé d'indemnisation à ce titre. Bien au contraire, la SI affirme que les décisions sollicitées par les Demanderesses sont celles qui figurent au §514 de leur Mémoire du 27 juin 2014 que la SR elle-même reproduit au §189 cité *supra* (§55).

*

62. La cinquième remarque relative à « *l'Histoire de la Procédure* » porte sur les §§54 et 55 de celui-ci :

«Le 10 octobre 2017, les Demandeurs ont introduit une requête en annulation devant le CIRDI concernant la Sentence relative au réexamen. Dans leur requête, les Demandeurs ont également sollicité que le Deuxième Comité suspende l'effet contraignant de la Sentence relative au réexamen »
[soulignement ajouté]

63. Les Demanderesses n'ont pas formulé de telle demande, cela ne fait qu'allonger la liste des images virtuelles créées par la Défenderesse. Le 2^{ème} Comité *ad hoc* a explicitement rejeté la prétention de l'État qu'une telle demande aurait été formulée, et il a précisé dans sa Décision du 15 mars 2018¹³⁴ :

¹³³ **Pièce C31**, *White Industries Australia Ltd v. India*, *ad hoc*—UNCITRAL Final Award, 30 Novembre 2011

¹³⁴ **Pièce C461**, Décision du 2^{ème} Comité *ad hoc* du 15 mars 2018 suspendant l'exécution de la SR, refusant la demande en sens contraire de l'État du Chili, §20

«Les Demanderesses ne contestent pas le caractère obligatoire de la Sentence après Nouvel Examen mais «*make a difference with the binding and res iudicata* ». Elles soutiennent que ‘conformément aux articles 52 et 53(1) de la Convention, le caractère définitif de la Sentence en Resoumission ne peut être affirmé dès lors que celle-ci fait l’objet d’un recours en annulation’”. [Soulignement ajouté]

Obligatoire n’est pas toujours synonyme d’irréversible.

64. Les Demanderesses sont d’avis que dans ce §54 la Défenderesse semble avoir réussi à porter à confusion le présent Tribunal arbitral dès lors que dans le *Counter-Memorial* du 21 mai 2018 -deux mois après la Décision du 2^{ème} Comité *ad hoc*- l’État persistait dans sa manipulation:

“*Claimants submitted an annulment request to ICSID in respect of that Award (...) various arguments by Claimants that the Resubmission Award is not binding if an annulment proceeding is pending made it clear that Claimants were hoping to obtain a ruling from the annulment committee (“Second Committee”) in the new ICSID annulment proceeding (“Second Annulment Proceeding”), which would pave the way for arguments that they wished to advance in the present proceeding.*”¹³⁵ [Soulignement ajouté]

65. La rédaction actuelle du §54 pouvant influencer sur la décision concernant la compétence du Tribunal arbitral, celui-ci est respectueusement prié de la modifier conformément à ladite conclusion du 2^{ème} Comité *ad hoc* dès lors que cette tromperie (*Claimants submitted (...) that the Resubmission Award is not binding ...*” paraît être le fondements du troisième argument de la Défenderesse retenu dans la Décision sur la bifurcation.¹³⁶

*

66. La sixième remarque relative à « *l’Historique de la Procédure* » porte sur ses §§25 et 26, à savoir :

¹³⁵ *Counter-Memorial*, §209. La Décision du 2^{ème} Comité *ad hoc* a également rejeté cette prétention de l’État : §37 et §76 : « La Défenderesse affirme que la Demande en Annulation et la demande de suspension de l’exécution ont été introduites dans une intention dilatoire et dans une tentative de « game the system » (étant donné que leur objectif n’est pas d’obtenir l’annulation de la Sentence après Nouvel Examen, mais de convaincre le tribunal CNUDCI que la Sentence après Nouvel Examen n’est pas obligatoire). La Défenderesse demande que le Comité ordonne aux Demanderesses de suspendre provisoirement la procédure CNUDCI ; §81 : « le Comité ne trouve pas d’éléments pour conclure que la Demande en Annulation et la Demande de Suspension ont été introduites dans un but dilatoire », voir la **pièce C461**, citations omises

¹³⁶ Décision sur la bifurcation, §69

« En juin 1999, M. Pey Casado et la Fondation ont adressé une lettre au Ministère chilien des biens nationaux par laquelle ils ont indiqué qu'ils renonçaient à leur droit de demander réparation sur le fondement de la Loi N° 19.568. (...) La Décision N° 43 ne mentionne ni M. Pey Casado ni la Fondation. »

67. « Renonçaient à leur droit de demander réparation... », nous sommes encore face à une image virtuelle bâtie par la Défenderesse : cela n'a jamais eu lieu de la part des investisseurs espagnols comme en a conclu le §79 de la SI, *res iudicata* :

« Le 25 juin 1998, c'est-à-dire huit mois après le dépôt de la requête d'arbitrage dans la présente instance le 3 novembre 1997, est promulguée la loi n°19.568 relative à la restitution ou indemnisation pour biens confisqués et acquis par l'État. Les parties demanderesses vont cependant informer le Ministre des biens nationaux par lettre du 24 juin 1999 de leur décision de ne pas recourir à la loi n°19.568, du fait de la requête d'arbitrage introduite en 1997 et de la clause d'option irrévocable (fork-in-the-road) contenue dans l'API Espagne-Chili. »¹³⁷
[Soulignement ajouté]

Il appartenait donc à l'évidence à l'État Défendeur de tenir compte comme il convenait de l'empiétement de sa démarche sur les questions soumises à l'arbitrage (par exemple, suspension).

À telle enseigne

- que dans le §674, *res iudicata*, la Sentence initiale a condamné l'État du Chili à indemniser les Demanderesses pour avoir attribué les bénéfices de cette loi n°19.568 à des personnes qui n'étaient pas propriétaires des actions de CPP S.A.,

- que l'État du Chili a demandé au 1^{er} Comité *ad hoc* d'annuler la totalité de la SI en arguant que

¹³⁷ Dans l'*exhibit* R-0087 figure la lettre des Demanderesses du 29 juin 1999 au Ministère chilien où la seule référence à « renoncer » a le sens contextuel et chronologique suivant : « *SEPTIÈMEMENT.- Que la Convention bilatérale du 2 octobre 1991, ratifiée par le Chili le 5.11.1993, en vigueur depuis le 28.03.1994, stipule dans son article 10.2 : 'Une fois que l'investisseur aura soumis la controverse (...) à l'arbitrage international, le choix de l'une ou de l'autre de ces procédures sera définitive'. L'article 26.1 de la Convention de Washington du 18.03.1985, qui institue le CIRDI, dispose: 'Le consentement des parties à l'arbitrage dans le cadre de la présente Convention est considéré comme impliquant renonciation à l'exercice de tout autre recours'. (...) NEUVIÈMEMENT.- Que eu égard à ce qui vient d'être dit je vous signifie que la présente partie ne vas pas invoquer la loi N°. 19.568.* »

« *in a letter dated 24 June 1999, Mr. Pey expressly waived his right to seek compensation under Law 19.568 for the expropriation of the CPP and EPC.* »¹³⁸ [Caractères appuyés dans l'original]

“*the Tribunal entirely glossed over the logical and necessary component of that conclusion, which is the (incorrect) presumption that Chile could somehow have declared Mr. Pey the beneficiary of Decision 43, notwithstanding his explicit decision, in writing, not to seek reparations under that administrative process (...).*”

506. *As a result, the Award simply provides no information that would enable Chile to apprehend the source of its responsibility for any BIT violation predicated on discrimination, which is a quintessential failure to state reasons. The Tribunal's failure even to attempt to set forth reasons for its finding of discrimination was a clear violation of its obligation to state reasons, which warrants annulment under Article 52(1)(e).*” (...)

« **Analyse du Comité.** 233. *Les Demanderesses, dans la longue citation extraite de leur Contre-mémoire et reproduite ci-dessus, ont démontré, d'une manière tout-à-fait convaincante pour le Comité, que le Tribunal a amplement motivé sa conclusion selon laquelle la Décision n° 43 du Chili était discriminatoire à l'encontre des Demanderesses et violait donc l'article 4 de l'API. La demande en annulation présentée par la Défenderesse sur le fondement de ce motif est donc rejetée.* »¹³⁹

68. Il n'est pas acceptable en droit international, ni en droit suisse¹⁴⁰, que l'État du Chili augmente la durée et les coûts de la présente procédure en fondant la plus grande partie de ses exceptions à la compétence du Tribunal arbitral sur une tentative de replaider ce qui a été tranché en sens contraire à ses prétentions, à savoir ses démarches visant à remplacer ce qui a trait à des dommages causés par des violations de l'API allégués

¹³⁸ **Pièce C15**, Décision du 1^{er} Comité *ad hoc* du 18 décembre 2012, page 13

¹³⁹ **Ibid.**, §229, 506 et 233

¹⁴⁰ **Pièce C509**, ATF du 14 mai 2001, 127 III 279 : *Quant à l'autorité de chose jugée, ce principe interdit au juge de connaître d'une cause qui a déjà été définitivement tranchée; ce mécanisme exclut définitivement la compétence du second juge. (...) Les mécanismes qui viennent d'être rappelés ne sont pas seulement applicables sur le plan interne. Selon l'ordre juridique suisse, ils valent également sur le plan international, à la condition que le jugement étranger puisse être reconnu en Suisse (ATF 114 II 183 consid. 2b p. 186 et les références citées). Sous réserve des traités internationaux, les règles applicables sur le plan international sont contenues aux art. 9 LDIP (litispendance) et 27 al. 2 let. c LDIP (autorité de chose jugée) »; **pièce C510**, ATF 4A 247/2017 du 18 avril 2018, §4.4.1 : « Si donc une partie saisit un tribunal arbitral ayant son siège en Suisse d'une demande identique à celle qui a fait l'objet d'un jugement en force rendu entre les mêmes parties sur un territoire autre que la Suisse, le tribunal arbitral, sous peine de s'exposer au grief de violation de l'ordre public procédural, devra déclarer cette demande irrecevable pour autant que le jugement étranger soit susceptible d'être reconnu en Suisse en vertu de l'art. 25 LDIP, les dispositions spéciales des traités internationaux visés à l'art. 1er al. 2 LDIP étant réservées (ATF 124 III 83 consid. 5a p. 86) ». Cette doctrine est applicable aux Sentences arbitrales prononcées sous les juridictions du CIRDI et de la CNUDCI*

par les Demanderesses *ex* article 4 de l'API, *res iudicata*- en les travestissant en réclamations se rapportant à des actes de 1973 et 1975 qui relèvent d'un autre article de l'API :

*§88 Mr. Pey and the Foundation voluntarily, consciously, and formally **renounced their right to obtain reparations under Chilean law** for the confiscation of El Clarín. (This is an important fact, as will be seen.) (...) §96 Decision 43 did not mention either Mr. Pey or the Foundation. (...) §102. Despite this conclusion, in its final award, the First Tribunal ended up declaring that Chile had committed a BIT violation by the act of compensating third parties pursuant to Decision 43 (...).*"¹⁴¹ [Soulignement ajouté]

69. Les Demanderesses sollicitent respectueusement que la rédaction des §§25 et 26 de la Décision sur la bifurcation soit modifiée dans le sens de ce qui a l'autorité de la chose jugée dans les paragraphes cités de la SI et de la Décision du 1^{er} Comité *ad hoc*, qui ont explicitement refusé l'image virtuelle bâtie par l'État du Chili dont la résurgence, dans ces paragraphes 25 et 26, pourrait cependant influencer la décision à venir sur la compétence.

*

70. La septième remarque relative à « l'Historique de la Procédure » porte sur son §28, à savoir :

« Le Premier Tribunal a rejeté l'argument des demandeurs selon lequel le refus du Chili d'accorder une indemnisation en 1995 était un élément d'un fait expropriateur composite. Le Premier Tribunal s'est toutefois déclaré compétent (...) À cet égard, le Premier Tribunal a conclu que le Chili avait commis un déni de justice en raison à la fois de son retard à rendre une décision sur le fond dans l'affaire de M. Pey Casado portée devant le Tribunal civil de Santiago, et de sa décision d'accorder, par voie de la Décision N° 43, une indemnisation à des personnes qui, selon le Tribunal, n'étaient pas les véritables propriétaires d'El Clarín. »

[Soulignement ajouté]

71. La SI a clairement établi une distinction entre

a) d'un côté, la caractérisation composant un groupement selon lequel

¹⁴¹ L'État du Chili omet toute mention dans son *Counter-Memorial* aux §§165-173 de la SI, i.e. la prise en compte par le TI que devant lui l'État avait reconnu en 2003 l'invalidité des confiscations de la Dictature militaire le devoir d'indemniser les propriétaires.

« les violations que l'État défendeur aurait commises avant l'entrée en vigueur de l'API ont un caractère continu ou constituent un élément d'un fait composite illicite et se seraient poursuivies au-delà de l'entrée en vigueur » (SI, §586),

ce qui serait ainsi poursuivi par les énoncés suivants :

a1) « le fait illicite composite allégué engloberait quant à lui 'les décrets de 1975 et 1977' » et

a2) « 'le refus d'indemnisation de 1995' et la **Décision n°43 du 28 avril 2000** » [SI, §589, soulignement ajouté],

Tel est l'enchaînement a1) et a2) qu'a été rejeté par le TI¹⁴², pour qui **la Décision 43**

« paraît devoir s'analyser davantage en une application discriminatoire d'une loi [19.568 de 1998] postérieure au traité et des droits que celle-ci a créés. **Il s'agit d'une question distincte et non pas d'un fait identique à l'expropriation** susceptible de former l'un des ingrédients du fait composite allégué. » [SI, §622]

b) Par contre, ayant spécifié, « le seul droit d'indemnisation postérieur au traité n'ayant été créé par le législateur chilien qu'en 1998 »¹⁴³, s'agissant d'infractions consistant en

« un acte composite comprenant une série d'atteintes au traitement juste et équitable de l'investissement des parties demanderesses, résidant essentiellement dans **la Décision n°43 et**

¹⁴² **Pièce C14**, §§586, 598, 615-621. §619: « De l'avis du Tribunal, la qualification d'acte illicite composite ne peut pas être retenue en l'espèce car les faits litigieux allégués par les demanderesses ne correspondent ni à une série d'actes constitutive d'une infraction distincte des manquements invoqués ni à une pratique de l'Etat chilien découlant de l'accumulation de manquements de nature identique ou analogue assez nombreux et liés entre eux'. Il n'y a pas dans la présente affaire de 'système' ou d'ensemble' d'actes illicites qui, pris de manière globale, apparaîtrait comme un fait illicite » ; §620 : « La saisie et le transfert de la propriété à l'Etat des biens des sociétés CPP S.A. et EPC Ltda sont constitutifs d'un fait consommé et distinct des violations postérieures à l'entrée en vigueur de l'API dont font état les demanderesses » [soulignements ajoutés]

¹⁴³ **Ibid.**, §621 : « Les autres actes présentés par les demanderesses comme éléments du fait composite allégué se sont tous produits postérieurement à l'entrée en vigueur du traité. Il s'agit essentiellement, selon les demanderesses, du refus d'indemnisation opposé à Monsieur Pey Casado en 1995 et de la **Décision n°43**. Le refus d'indemnisation se rapporte à une expropriation qui a eu lieu dans les années 70, à une époque où l'API n'était pas en vigueur. Ce refus d'indemnisation n'est pas en lui-même contraire au traité, le seul droit d'indemnisation postérieur au traité n'ayant été créé par le législateur chilien qu'en 1998 ; il ne peut davantage être relié à une violation survenue postérieurement à l'entrée en vigueur du traité, l'expropriation ayant eu lieu bien avant cette date. Présenter le refus d'indemnisation comme l'élément d'un fait composite revient à confondre la notion de différend avec les faits qui en sont à l'origine, ce que les demanderesses ont par ailleurs reproché à la défenderesse » ; §622 : « la **Décision n°43** paraît devoir s'analyser davantage en une application discriminatoire d'une loi postérieure au traité et des droits que celle-ci a créés. Il s'agit d'une question distincte et non pas d'un fait identique à l'expropriation susceptible de former l'un des ingrédients du fait composite allégué. »

le déni de justice allégué qui lui est lié (...). Ces faits sont tous postérieurs à l'entrée en vigueur de l'API (...)» [soulignement ajouté],

le TI a explicitement admis la possibilité de les envisager « *ensemble, en tant qu'éléments d'un acte composite* »¹⁴⁴, n'englobant en rien les actes d'expropriation de 1973, 1977 et 1977, et englobant, par contre, les revendications de M. Pey

1) devant le pouvoir exécutif¹⁴⁵ ;

2) devant l'organe de contrôle préalable de la légalité des actes administratives (le Contralor Général de la République¹⁴⁶;

3) devant le pouvoir judiciaire, à savoir la Cour Suprême¹⁴⁷, la Cour d'appel de Santiago en protection constitutionnelle¹⁴⁸, et, également, devant le 1^{er} Tribunal civil de Santiago.

Ce que les Demanderesses ont fait dans la présente procédure CNUDCI en affirmant la compétence du Tribunal arbitral pour connaître des différends postérieurs à la Décision n° 43 et au déni de justice qui lui est lié que la Sentence de réexamen a considéré hors sa compétence, et, en particulier, postérieurs à la Sentence initiale.¹⁴⁹

72. Or la présente rédaction du §28 de l' « Historique » mentionne le rejet par le TI d' « *un fait expropriateur composite* » alors que dans la SI **le rejet, en ce qu'il a trait à l'enchaînement a1) et a2), ne tient pas** à ce qu'il serait ou non expropriateur, cette qualité ne constituant pas un critère ici dès lors que les éléments de ce fait illicite composite comprenaient

a1) aussi bien des actes postérieurs à l'entrée en vigueur de l'API -dont l'atteinte au traitement juste et équitable commise le 28 avril 2000 (la Décision n° 43) et le déni de justice qui lui est lié commis par les pouvoirs exécutif, judiciaire et le Contralor Général de la République¹⁵⁰: « *en accordant des compensations – pour des raisons qui lui sont propres et*

¹⁴⁴ **Ibid.**, §623, *in fine*

¹⁴⁵ **Ibid.**, §§596 *in fine*, 455

¹⁴⁶ **Ibid.**, §§455, 456, 462, 463, 635

¹⁴⁷ **Ibid.**, §§445, 455, 461, 463

¹⁴⁸ **Ibid.**, §§445, 455, 456, 457, 463, nbp 409 *in fine*

¹⁴⁹ Voir le **Mémoire**, Section VI : « *Le tempus delicti commissi d'un fait complexe et composite de faits nouveaux: la violation des articles 3(1), 4, 5 et 10(5) de l'API par l'État du Chili depuis le 8 mai 2008* »

¹⁵⁰ **Pièce C14**, SI, §636 : « *les demanderesses ont intenté des nombreux recours auprès du pouvoir exécutif et du pouvoir judiciaire contre ces décisions en 2002 et visant à mettre en cause la comptabilité de la Décision n°43 avec la procédure judiciaire introduite en 1995, recours qui ont tous été rejetés* », §666 : « *les autorités*

sont restées inexplicées - à des personnages qui, de l'avis du Tribunal arbitral, n'étaient pas propriétaires des biens confisqués, en même temps qu'elle paralysait ou rejetait les revendications de M. Pey Casado concernant les biens confisqués, la République du Chili a manifestement commis un déni de justice et refusé de traiter les demanderesse de façon juste et équitable » [SI, §674 soulignement ajouté]

a2) que des actes **antérieurs** à l'API -« les décrets » expropriateurs de 1975 et 1977, mais à une distinction découlant du point d'ancrage de l'API retenu par la SI (voir *infra* §75).

73. La rédaction actuelle de ladite phrase du §28 pourrait entretenir une confusion susceptible d'influer sur la décision relative à la compétence du présent Tribunal arbitral dans la mesure où elle paraît ne pas saisir dans sa juste mesure

a) l'absence totale de contradiction sous-jacente s'agissant de l'enchaînement purement disjonctif exprimé par « *toutefois* » dans la rédaction actuelle du §28 - entre, d'un côté, le rejet de la compétence sur des éléments dudit fait composite survenus en 1995, 1975 et 1977 et, d'un autre côté, la déclaration de compétence sur les violations de l'API «*résidant essentiellement dans la Décision n°43* [du 28 avril 2008] *et le déni de justice allégué qui lui est lié ...*»¹⁵¹ (soulignement ajouté),

b) que le déni de justice du §674 et des points 1 à 3 du Dispositif de la SI englobe également le *rejet des revendications* (au pluriel) de M. Pey relatives à la totalité de l'investissement par le Contralor Général, par le pouvoir exécutif et le pouvoir judiciaire (Cour Suprême et la Cour d'appel de Santiago), anticipant les différends surgis entre les parties après le 8 mai 2008 pour des actes ou omissions de ces deux pouvoirs de l'État.

74. Cette harmonie et cohérence existant entre les §622, 623, 674 et les points 1 à 3 du Dispositif de la SI, tous *res iudicata*, ne peut pas demeurer dans l'ombre ou soumis à la confusion dès lors que les actes pour lesquels la SI a condamné l'État du Chili à indemniser les Demanderesse sont survenus entre les parties après le 28 avril 2000, deux années et demi après

chiliennes, exécutives et administratives (comme judiciaires) étaient informées des revendications et demandes formulées par les demanderesse. »

¹⁵¹ **Pièce C14**, Sentence initiale, §623

la date critique où la SR a fixé le *dies ad quem* de sa compétence pour trancher le différend relatif au *quantum* de l'indemnisation due par l'État (SR, §216 ; *supra* §§10, 11(2)).

75. Les Demanderesses soumettent respectueusement que la rédaction de cette phrase du §28 de la Décision serait conforme au point d'ancrage de l'API retenu aux §§586, 589, 615-621, 674 et aux points 1 à 3 du Dispositif de la Sentence initiale si elle le nuancit conformément à ce qui est *res iudicata*, par exemple :

Le Premier Tribunal a rejeté l'argument des demandeurs selon lequel le refus du Chili d'accorder une indemnisation en 1995 était un élément d'un fait composite, le seul droit d'indemnisation ayant été créé par le législateur chilien postérieurement à l'entrée en vigueur du traité. Le Tribunal arbitral s'est en conséquence déclaré compétent et a statué en faveur des demandeurs s'agissant de leur demande relative à la violation de la règle du traitement juste et équitable. À cet égard, le Premier Tribunal a conclu que le Chili avait commis un déni de justice en raison à la fois du rejet des revendications de M. Pey concernant les biens confisqués, de son retard à rendre une décision sur le fond dans l'affaire portée devant le Tribunal civil de Santiago, et de sa décision d'accorder, par voie de la Décision N° 43, une indemnisation à des personnes qui, selon le Tribunal, n'étaient pas les véritables propriétaires d'*El Clarín*. Etc.

*

76. Par ces motifs, les Demanderesses sollicitent respectueusement que, tenant compte de l'autorité de la chose jugée de la Sentence arbitrale initiale et des précisions et remarques précédentes, le Tribunal arbitral supprime, remplace, rectifie ou nuance la rédaction actuelle correspondante des §§31, 27, 30, 40, 54, 55, 25, 26, 28 de « *l'Histoire de la Procédure* » figurant dans la Décision sur la bifurcation.

III. Le consentement à la compétence du Tribunal arbitral est établi dans l'API

1. Les Demanderesses ont le droit d’agir et l’investissement a la qualité d’investissement étranger au sens de l’API. Res iudicata

79. Pour le Tribunal Suprême Fédéral suisse, un Accord de Protection des Investissements peut être qualifié de contrat conclu dans l’intérêt d’un tiers et constituant une offre de conclure une convention d’arbitrage qui a été acceptée par l’investisseur en initiant la procédure, et la clause relative à la solution de la dispute peut être qualifiée de clause d’arbitrage dans le sens du Chapitre 12 de la LDIP.¹⁵²

80. L’article 1(1) de l’API Espagne-Chili, relatif à la nationalité de l’investisseur, n’exclut pas les bénéficiaires de la Convention hispano-chilienne de Double Nationalité, de 1958, de la compétence du Tribunal arbitral sous les Règles de l’API. Ceci a été établi dans la Sentence arbitrale initiale (§415) et, dans le même sens, dans l’affaire CNUDCI *Garcia Armas v. Venezuela*.¹⁵³¹⁵⁴

81. L’article 1 de l’API définit la notion d’investissement dans les termes suivants:

2. Par ‘investissements’ on désigne **toute sorte d’avoirs, tels que biens et droits de toute nature, acquis en accord avec la législation du pays recevant l’investissement et en particulier, encore que non exclusivement, les suivants: Actions et autres formes de participation dans les sociétés. Crédits, valeurs et droits découlant de toute sorte d’apports réalisés dans le but de créer une valeur économique; y compris expressément tous les prêts consentis à cette fin, qu’ils aient ou non été capitalisés. Biens meubles et immeubles, ainsi que toute sorte de droits liés à ces derniers. Les droits de toute sorte relevant du domaine de la propriété intellectuelle, y compris expressément les brevets d’invention et marques commerciales, de même que les licences de fabrication et de « savoir-faire ». Les droits de mise en œuvre d’activités économiques et commerciales consentis par la loi ou en vertu d’un contrat, en particulier ceux liés à la prospection, la culture, l’extraction ou exploitation de ressources naturelles. »**

[Soulignement ajouté]

On y remarquera que l’imbrication entre la notion « d’investissement » et de « droits » ne permet en aucune façon de postuler, *in abstracto*, une dichotomie préexistante telle qu’on

¹⁵² **Pièce C511**, *Czech Republic v. Saluka (Netherlands)*: BGer. 4P.114/2006, du 7 septembre 2006, para. 4.1, ASA Bull. 2007, pp. 132-133

¹⁵³ **Pièce C210e**, PCA Case No. 2013-3, Decision on Jurisdiction, 15 Dec. 2014, §§56, 85, accessible dans <https://bit.ly/2AvzXfL>

¹⁵⁴ Voir **Mémoire**, §§263, 264

devrait avoir identifié l'investissement indépendamment des droits préalablement à toute obligation de respecter ceux-ci.

82. « *Toute sorte d'avoirs, tels que biens et droits de toute nature...* ». Cette définition est satisfaite par un droit de propriété, même si celui-ci était contesté. En l'espèce, la Sentence arbitrale du 8 mai 2008 a tranché, avec force obligatoire pour toutes les parties, que les Demanderesses ont démontré être les propriétaires de la totalité des actions de CPP S.A., qui possède à son tour la marque du quotidien « Clarin » et 99% des parts d'EPC Ltée

*« M. Pey Casado a bien démontré avoir procédé à des investissements et être propriétaire de biens meubles ou immeubles qui ont été confisqués par l'autorité militaire chilienne. On rappellera à ce propos l'existence d'un Jugement chilien reconnaissant la propriété de M. Pey Casado sur les actions confisquée. »*¹⁵⁵

83. La SI a également établi que l'investissement de M. Pey dans CPP S.A. en 1972 a la qualité d'investissement étranger au sens de l'API :

*« Le seul objet de l'article 2.2 de l'API Espagne-Chili est de définir les investissements protégés par le traité. En l'occurrence, il ne fait pas de doute que les conditions posées par ce texte sont satisfaites. L'investissement en question, effectué par M. Pey Casado en 1972 et ayant la qualité d'investissement étranger conformément à la législation chilienne, est bien couvert par l'API. »*¹⁵⁶

Cette protection recèle un ensemble de droits dont seul le libre exercice permet l'accès à la pleine définition du contenu exacte de l'investissement, et non l'inverse (c'est-à-dire ce n'est pas la définition préalable de l'investissement aujourd'hui qui justifierait le respect des droits qui s'y appliqueraient).

**

2. L'article 2(2) de l'API établit la compétence *ratione temporis* du Tribunal arbitral

84. La compétence *ratione temporis* est définie à l'article 2 de l'API:

¹⁵⁵ **Pièce C14**, Sentence arbitrale du 8 mai 2008, §665. Il s'agit du Jugement du 29 mai 1995, **pièce C512**

¹⁵⁶ **Ibid.**, §432

«Article 2. Soutien, admission 1. Chacune des Parties soutiendra, dans la mesure du possible, les investissements effectués dans son territoire par des investisseurs de l'autre Partie et admettra ses investissements conformément à ses dispositions légales.

*« 2. **Le présent Traité** s'appliquera aux investissements qui seraient réalisés à partir de son entrée en vigueur par des investisseurs de l'une des Parties contractantes dans le territoire de l'autre. Toutefois, il **bénéficiera également aux investissements réalisés antérieurement à son entrée en vigueur et qui, selon la législation de la Partie contractante concernée, auraient la qualité d'investissement étranger.***

3. Il ne s'appliquera pas, néanmoins, aux controverses ou réclamations surgies ou résolues antérieurement à son entrée en vigueur.» [Soulignement ajouté].

85. La Sentence arbitrale de 2008 a interprété cet article dans des termes qui sont obligatoires pour les parties:

« §423. L'application dans le temps du traité soulève deux questions distinctes : celle de la compétence ratione temporis du Tribunal arbitral saisi sur le fondement de l'API et celle de l'applicabilité ratione temporis des obligations de fond de l'API.

« §428. Le Tribunal ne pourra se déclarer compétent ratione temporis que si l'investissement des parties demanderesse est couvert par l'API au moment des faits litigieux et si le ou les différends invoqués sont eux-mêmes couverts par l'API.

« §432. Le seul objet de l'article 2.2 de l'API Espagne-Chili est de définir les investissements protégés par le traité. En l'occurrence, il ne fait pas de doute que les conditions posées par ce texte sont satisfaites. L'investissement en question, effectué par M. Pey Casado en 1972 et ayant la qualité d'investissement étranger conformément à la législation chilienne, est bien couvert par l'API.

« 434. L'article 2.3 de l'API prévoit que celui-ci « ne s'appliquera pas, néanmoins, aux controverses ou réclamations surgies ou résolues antérieurement à son entrée en vigueur ». Le Tribunal ne pourra donc se déclarer compétent ratione temporis que s'il est en présence de «controverses » ou de « réclamations » survenues postérieurement à l'entrée en vigueur de l'API.

« §436. Il ressort en effet de l'examen des écritures que les parties ont fini par s'entendre sur la signification à donner au terme « réclamations », équivalent du terme anglais claims, et correspondant ici à une demande formée par l'une des parties pour faire valoir ses droits. Le

débat sur la définition du terme « *controverses* » doit en revanche être tranché: si le terme «*controverses*» est considéré par les deux parties comme synonyme de « *différends* », les parties sont cependant en profond désaccord sur le sens et la portée qui doivent être conférés à ce terme

« §438. Pour la défenderesse, le seul différend qui puisse être identifié dans cette affaire est né bien avant l'entrée en vigueur de l'API. La défenderesse prétend en effet déduire des dispositions de l'API, et notamment de son article 10, que « *la controverse est un conflit ou différend juridique qui n'a pas besoin, selon le TBI, d'être présentée à une partie par l'autre partie* ».358

[On remarquera que l'État du Chili avançait devant le TI la même signification du terme de « *controverse* » que, de manière déguisée, il formule devant le présent Tribunal arbitral, à savoir que **les controverses** soumises à l'arbitrage CNUDCI -toutes surgies après le 28 avril 2000 et, en particulier, après le 8 mai 2008- ne seraient rien d'autre que **le fait** de la saisie de l'investissement en 1973 et de sa confiscation en 1975]

« (b) *Conclusions du Tribunal*

« §442. *La position de la jurisprudence CIRDI en la matière n'est pas différente. Dans l'affaire Maffezini c. Espagne, le Tribunal arbitral a justement défini la notion de «dispute» dans les termes suivants : « [...] there tends to be a natural sequence of events that leads to a dispute. It begins with the expression of a disagreement and the statement of a difference of views. In time these events acquire a precise legal meaning through the formulation of legal claims, their discussion and eventual rejection or lack of response by the other party. The conflict of legal views and interests will only be present in the latter stage, even though the underlying facts predate them. It has also been rightly commented that the existence of the dispute presupposes a minimum of communications between the parties, one party taking up the matter with the other, with the latter opposing the Claimant's position directly or indirectly. This sequence of events has to be taken into account in establishing the critical date for determining when under the BIT a dispute qualifies as one covered by the consent necessary to establish ICSID's jurisdiction ».*373

« §443. *Cette définition du différend, qui exige un minimum d'échanges entre les parties, l'une portant le problème à la connaissance de l'autre, cette dernière s'opposant à la position de l'autre partie directement ou indirectement, est également celle retenue par le présent Tribunal.*374 *Ainsi que l'a souligné le tribunal arbitral dans l'affaire Helnan c. Egypte, « [The parties' disagreement] crystallizes as a 'dispute' as soon as one of the parties decides to have it*

solved, whether or not by a third party ». *Ce n'est qu'avec l'expression et la confrontation des points de vue des parties que se cristallise le différend*

« §444. *En l'espèce, l'API est entré en vigueur le 28 mars 1994. Ce n'est que le 1er février 1995 que M. Pey Casado a saisi la Huitième Chambre du Tribunal correctionnel de Santiago d'une demande en restitution des 40.000 actions de la société Consortium Publicitaire et Périodique S.A.*³⁷⁶ *Les parties demanderesse situent ainsi la première controverse après le 29 mai 1995, date à laquelle le juge de la Huitième Chambre du Tribunal correctionnel de Santiago a ordonné la restitution des titres de propriété de CPP S.A., des contrats de cession de ces titres et des justificatifs de paiement du prix.* »

86. Cette interprétation de l'article 2(2) de l'API dans la Sentence du 8 mai 2008 est également applicable aux controverses surgies entre les parties après le 8 mai 2008 -que le TR du CIRDI a considérées hors sa compétence - et soumises au présent arbitrage, y compris celle portant sur ce que, dans les circonstances d'espèce, le montant de l'indemnisation réclamée par les Demanderesse comme due pour violation de l'article 4 de l'API depuis le 28 avril 2000 était équivalente à celle résultant de la violation de l'article 5 à ces mêmes dates, dans les termes retenus dans la Décision du 1^{er} Comité *ad hoc* :

« §266. De l'avis du Comité, ces échanges postérieurs à l'audience [de janvier 2007] ne constituent pas une possibilité équitable de débattre de la réparation au titre de la violation de l'article 4 de l'API. *Même si le Tribunal a bien utilisé des éléments objectifs pour l'évaluation des dommages-intérêts (les données communiquées et débattues par les parties), à aucun moment il ne s'est référé à des arguments invoqués par l'une ou l'autre des parties. Comme elles l'ont expliqué dans leur Contre-mémoire sur l'annulation*²⁰¹¹⁵⁷, *les Demanderesse ont soutenu, lors de l'audience de janvier 2007, que l'indemnisation due était équivalente à celle résultant de la confiscation, étant donné que la violation de l'API par le Chili avait pour conséquence d'empêcher les Demanderesse d'obtenir une indemnisation au titre de la confiscation. Le Tribunal a cependant adopté un autre standard. Il a placé les Demanderesse dans la situation dans laquelle elles se seraient trouvées s'il n'y avait pas eu de violation de l'API, et il a accordé le montant fixé par la Décision n° 43.* »¹⁵⁸

87. La seule autre interprétation par un Tribunal existante à ce jour de l'article 2(2) de l'API Espagne-Chili est intervenue dans l'affaire initiée par l'entreprise espagnole *Vieira* contre

¹⁵⁷ [201 Voir C-Mém. Dem. Annul., para. 613.] Il s'agit de la Duplique des Demanderesse du 28 février 2011 qui figure dans la pièce C40

¹⁵⁸ **Pièce C15**, Décision du 1^{er} Comité *ad hoc* du 18 décembre 2012, §266

l'État du Chili¹⁵⁹, dans laquelle le Comité *ad hoc*, tout comme en 2012 le Comité *ad hoc* présidé par M. Fortier, a remarqué que **des faits survenus avant l'API peuvent être présentés pour évaluer le montant des dommages quand bien même ils ne pourraient l'être pour établir la compétence** -celle-ci relevant de faits postérieures à l'entrée en vigueur de l'API. Le débat devant le Comité *ad hoc* de l'affaire *Vieira* a eu lieu dans les termes suivants:

« §326. *Ce que la Demanderesse critique est le fait que le Tribunal ait soutenu que : « ...si Vieira réclame le paiement de dommages et intérêts à partir de 1990 [avant l'entrée en vigueur de l'API Espagne-Chili] il ne saurait qu'être conclu qu'en tout cas le fait illicite attribuable au CHILI a eu lieu à cette même date (...). »*¹⁶⁰

La Décision du Comité *ad hoc* a fait la différence entre l'identification de la date du commencement de l'estimation du montant de l'indemnisation et la date de l'établissement de la compétence :

« 327. *Il pourrait parfaitement être considéré que l'utilisation des faits présentés par une partie à une fin déterminée (des faits présentés pour évaluer les dommages et non pour invoquer la compétence) ne peuvent être utilisés par le Tribunal afin d'appuyer ses conclusions quant à la compétence (le fait que, dans la présente instance, la demande s'élèverait à des sommes qui ont été calculées par la Demanderesse sur la base de certaines activités à partir de 1990 ne paraît pas exclure le fait que les dommages aient été causés par des faits différents).*»¹⁶¹

[Soulignement ajouté]

88. Or, les faits présentés dans le **Mémoire** afin d'évaluer les dommages et pour invoquer la compétence sont tous postérieurs au 28 avril 2000.

¹⁵⁹ **Pièce C513e**, Décision du Comité *ad hoc* du 10 décembre 2010 dans l'affaire *Vieira c. le Chili*, CIADI No. ARB/04/7), prononcée par M. Christer Söderlund et les Profs. Piero Bernardini et Silva Romero. M. Bernardini a fait également partie du Comité *ad hoc* qui a interprété et appliqué l'API Espagne-Chili dans la Décision du 18 décembre 2012 de l'affaire *Pey Casado et Fondation Président Allende c. l'État du Chili*

¹⁶⁰ «§326. *Lo que la Demandante critica es que el Tribunal haya sostenido que: "...si Vieira reclama el pago de daños y perjuicios desde 1990 no puede sino concluirse que en todo caso el hecho ilícito atribuible a CHILE tuvo lugar en esa misma fecha (...).*»

¹⁶¹ §327. *Podría perfectamente considerarse que el uso de hechos presentados por una parte para un efecto determinado (hechos presentados para avaluar los daños y no para invocar la jurisdicción) no pueden ser utilizados por el Tribunal para apoyar sus conclusiones en cuanto a la jurisdicción (el hecho de que, en esta instancia, la demanda se eleve a unas sumas que fueron calculadas por la Demandante sobre la base de ciertas anualidades a partir de 1990 no parecería excluir el hecho de que los daños hayan sido causados por distintos hechos).*

89. La Décision du Comité *ad hoc* du 18 décembre 2012 ayant considéré conforme aux articles 2(2) et 2(3) de l'API l'allégation par les Demanderesses d'une équivalence des montants, dans les circonstances d'espèce, pour violation des articles 4 et 5 de l'API, lorsque les experts des Demanderesses estiment, dans le **Mémoire**, la valeur de CPP S.A. à la veille de sa saisie violente par des troupes insurgées en 1973, ils n'invoquent nullement une question de compétence du présent Tribunal arbitral sur le fait de la saisie en 1973, ou de la confiscation en 1975.

90. La Sentence arbitrale initiale dans l'affaire *Pey et FPA c. l'État du Chili* avait également rejeté l'interprétation que l'État du Chili soulève a nouveau devant le présent Tribunal sous les règles de la CNUDCI:

« §438. Pour la défenderesse, le seul différend qui puisse être identifié dans cette affaire est né bien avant l'entrée en vigueur de l'API. La défenderesse prétend en effet déduire des dispositions de l'API, et notamment de son article 10, que « la controverse est un conflit ou différend juridique qui n'a pas besoin, selon le TBI, d'être présentée à une partie par l'autre partie ».358¹⁶² Cette interprétation serait confirmée par le procès-verbal des réunions techniques qui ont eu lieu entre les représentants du Chili et de l'Espagne les 29, 30 septembre et le 1er octobre 1998,359¹⁶³ à l'initiative du Chili, afin de préciser le sens et la portée de certaines dispositions de l'API.360¹⁶⁴ Selon la défenderesse, l'article 2.3 de l'API doit être compris comme excluant les controverses et les réclamations nées des actes qui se seraient produits avant l'entrée en vigueur de l'API.361¹⁶⁵ Or, en l'espèce, « le différend juridique, objet du présent arbitrage, [serait] né le 10 février 1975 », date à laquelle a été adopté le décret de confiscation des biens des sociétés CPP S.A. et EPC Ltda. Selon l'État défendeur, les demanderesses l'auraient elle-même admis en affirmant que « le différend juridique exposé ici

¹⁶² [358 Note de plaidoirie de l'État du Chili relative aux audiences des 29 et 30 octobre 2001, p. 72]

¹⁶³ [359 Le procès-verbal du 1er octobre 1998 contient une interprétation des termes de l'article 2.3 de l'API: «Les parties accordent que les mots ' controverse ' et ' réclamation ' ne sont pas synonymes, mais qu'ils définissent des situations différentes. Le mot 'controverse'» devra être interprété comme discussion ou conflits d'intérêts, ce qui laisse constance indubitable, que se soit ou non produite l'action en réclamation. S'entend par 'réclamation' l'action ou l'effet de réclamer, ceci est, protester contre une chose, ou s'opposer à celle-ci de mode verbal ou écrit ».]

¹⁶⁴ [360 V. mémoire d'incompétence de la défenderesse du 20 juillet 1999, pp. 58-59 et la transcription de l'audience du 1er octobre 1998 en annexe 15 à ce mémoire. La défenderesse fait valoir notamment que son initiative est compatible avec l'article 10.6 de l'API puisqu'elle a pris contact le 25 août 1998 avec les autorités espagnoles pour solliciter une réunion relative à l'interprétation de l'API, avant la constitution du Tribunal au mois de septembre 1998 (v. mémoire en réplique sur l'incompétence du 27 décembre 1999, p. 77). Par ailleurs, le fait que Me Banderas, représentant du Chili dans la présente procédure, ait pu conduire la délégation chilienne présente aux réunions techniques des 29, 30 septembre et 1er octobre 1998 n'aurait rien de frauduleux puisque la conduite de ce type de négociation relève des fonctions habituelles de Me Banderas (v. mémoire en réplique sur l'incompétence du 27 décembre 1999, p. 78).]

¹⁶⁵ [361 V. contre-mémoire de la défenderesse du 3 février 2003, p. 144.]

découle directement de l'investissement de M. Victor Pey Casado, confisqué par le Décret N°165 du 10 février 1975 [...] ».362¹⁶⁶

« §439. (...) Les demanderesses contestent enfin « la valeur » du procès-verbal du 1er octobre 1998 invoqué par la défenderesse au motif que celui-ci serait contraire à l'article 10.6 de l'API³⁶⁸¹⁶⁷ et aurait été obtenu frauduleusement par les autorités chiliennes.³⁶⁹¹⁶⁸

«(b) Conclusions du Tribunal

« §440. À titre préliminaire, le Tribunal entend se prononcer sur l'interprétation des termes de l'article 2.3 consignée dans le procès-verbal des réunions techniques des 29, 30 septembre et 1er octobre 1998 entre l'Espagne et le Chili, organisées à la demande de ce dernier. L'initiative de l'État défendeur, visant à organiser une rencontre entre les représentants des deux États parties au traité afin de s'entendre sur l'interprétation de certains de ses termes, est intervenue après l'introduction de la requête d'arbitrage (3 novembre 1997) et son enregistrement (20 avril 1998). Comme il a déjà été indiqué, il s'agit là d'un acte incompatible avec les dispositions de l'article 10.6 de l'API qui imposent aux États parties de s'abstenir « d'échanger, au travers des canaux diplomatiques, des arguments concernant l'arbitrage ou une action judiciaire déjà entamée jusqu'à ce que les procédures correspondantes aient été conclues ». Il est clair que l'interprétation de l'article 2.3 de l'API entre dans la catégorie des « arguments concernant l'arbitrage » échangés postérieurement à l'introduction de la procédure. En conséquence, le Tribunal ne tiendra pas compte de l'interprétation figurant dans le procès-verbal litigieux, sans pour autant préjuger du bien-fondé de cette dernière. »

« Nbp270 (...) Comme d'autres démarches ou manipulations auxquelles des parties à l'arbitrage croient devoir ou pouvoir recourir pendente lite pour infléchir le cours de la procédure ou influencer le Tribunal arbitral (v., par exemple, la Décision n°43 du 28 avril 2000, ou les tentatives faites pour obtenir de Madrid une interprétation favorable et commune d'un traité bilatéral), pareils actes sont de nature à susciter inévitablement le scepticisme des arbitres. »

91. En effet, les Demanderesses avaient étayé devant le Tribunal arbitral initial :

¹⁶⁶ [362 Mémoire en réplique sur l'incompétence du 27 décembre 1999, p. 64. V. également note de plaidoirie de l'État du Chili relative aux audiences des 29 et 30 octobre 2001, pp. 74 et ss.]

¹⁶⁷ [368 V. réplique à la réponse soumise par la République du Chili au contre-mémoire réfutant le déclinatoire de compétence, du 7 février 2000, pp. 25-26.]

¹⁶⁸ [369 V. réplique à la réponse soumise par la République du Chili au contre-mémoire réfutant le déclinatoire de compétence, du 7 février 2000, pp. 26-27.]

« I.2.2 Le Chili a fait preuve de mauvaise foi dans l'obtention de ce document »

Le Gouvernement chilien a fait preuve d'une mauvaise foi caractérisée dans l'obtention de ce document, qui suffit à priver le Procès-verbal du 1er octobre 1998 de tout effet.

Le défaut de publication du « Procès-Verbal » (ce que la partie adverse reconnaît dans sa Réplique du 27 décembre 1999¹⁸), sa négociation secrète, les modalités simplifiées de son adoption, et sa conclusion dans un contexte déjà marqué par le présent différend, sa conclusion postérieure à la date de la constitution du Tribunal d'Arbitrage, privent le Procès-Verbal de tout effet.

L'imprescindible procédure diplomatique d'Échange de Notes n'a pas été respectée. Un tel acte doit être signé par les Ministres respectifs des Affaires Extérieures et publié officiellement.

Or, aucun Échange de Notes entre les deux Gouvernements n'a suivi la signature de ce Procès-Verbal. Au contraire, le Ministre espagnol des Affaires Extérieures a précisé qu'il s'agissait d'une simple réunion entre techniciens, qui n'avait aucune valeur normative particulière (document annexe C6 Mémoire des demanderesses du 18 septembre 1999, document ci-joint C48).

De plus, le document n°17 annexé au Mémoire chilien du 27 décembre 1999 atteste que le signataire chilien de ce Procès-verbal, qui n'est autre que le représentant du Chili dans le présent arbitrage, n'avait pas la capacité légale d'engager le Gouvernement chilien.

Enfin, pour une parfaite information du Tribunal arbitral, il sera rappelé que M. Juan Banderas, représentant de la délégation chilienne dans le présent litige, est à l'origine de la demande d'interprétation et a été le négociateur et le représentant du Chili auprès des autorités espagnoles, sans que les représentants espagnols soient tenus informés de l'existence de l'arbitrage et sans qu'il leur ait été précisé que M. Banderas représentait le Gouvernement chilien dans cet arbitrage.

Ces faits ont été volontairement cachés et aux représentants espagnols et au CIRDI.

La délégation chilienne avait à tel point conscience de cette situation qu'elle a pris le soin, dans la copie du Procès-Verbal communiquée au Tribunal arbitral le 22 juillet 1999 (pièce adverse n°15), de faire disparaître le nom de M. Banderas alors que ce nom apparaît sur la copie du Procès-Verbal officiel. Ce procédé relève de la fraude.

La délégation chilienne est dès lors malvenue de recourir au Procès-Verbal du 1er octobre 1998, qui ne peut trouver application dès lors que le CIRDI était déjà saisi de la Requête d'arbitrage, et qu'il a été obtenu de mauvaise foi, voire par fraude. »¹⁶⁹

92. Bref, ledit Procès-Verbal n'ayant jamais été accepté et signé par le Ministre compétent espagnol ni, par conséquent, rendu public et publié, il n'a aucune validité aux effets de l'interprétation et l'application de l'API Espagne-Chili conformément à l'article 1.5 du Code civil espagnol :

« Les normes légales contenues dans les traités internationaux ne seront pas directement applicables en Espagne tant qu'elles ne feront pas partie de l'ordre interne au moyen de leur publication intégrale dans le "Journal officiel de l'État." »¹⁷⁰

*

Le droit international coutumier applicable en l'espèce

93. Il est conforme à l'article 10(4) de l'API d'invoquer en l'espèce l'article 24 du Projet d'articles de la CDI sur le droit des traités¹⁷¹ :

*« **Non-rétroactivité des traités.** À moins qu'une intention différente ne ressorte du traité ou ne soit par ailleurs établie, les dispositions d'un traité ne lient pas une partie en ce qui concerne tout acte ou tout fait antérieur ou toute situation qui avait cessé d'exister à la date d'entrée en vigueur de ce traité au regard de cette partie »*

94. Dans son Commentaire à cet article la CDI a considéré que

« Toutefois, si un acte, un fait, ou une situation qui est survenu ou s'est présenté avant l'entrée en vigueur d'un traité se reproduit ou continue à exister après l'entrée en vigueur du traité, cet acte, ce fait ou cette situation tombera sous le coup des dispositions du traité. On ne saurait porter atteinte au principe de la non-rétroactivité en appliquant un traité à des

¹⁶⁹ Mémoire des Demanderesses sur la compétence, du 2 février 2002, « Section II, Les conditions d'application du traité bilatéral de 1991 sont satisfaites. i. application ratione temporis du traité » ; Mémoire des Demanderesses sur la compétence du tribunal arbitral, du 11 septembre 2002, page 43, accessible dans <https://bit.ly/2LHIphc> . Les demanderesses ont fait également objection à ce compte-rendu dans la Réponse du 19 mars 1999 (III), et dans les dossiers de plaidoirie des 3-5 mai 2000 et 30 octobre 2001

¹⁷⁰ « « *Las normas jurídicas contenidas en los tratados internacionales no serán de aplicación directa en España en tanto no hayan pasado a formar parte del ordenamiento interno mediante su publicación íntegra en el «Boletín Oficial del Estado»*

¹⁷¹ Accessible dans <https://bit.ly/2O2ytLM>

situations qui se présentent une fois que le traité est en vigueur, même si elles se sont présentées pour la première fois à une date antérieure. Ainsi, la Commission européenne des droits de l'homme ne s'est pas jugée compétente pour apprécier le bien-fondé de décisions législatives, administratives et judiciaires parachevées et devenues exécutoires avant l'entrée en vigueur de la Convention européenne, mais elle a exercé sa juridiction lorsqu'il s'agissait d'actions nouvelles ou de nouvelles applications de ces décisions une fois que la Convention était entrée en vigueur¹⁷²»

95. Ce principe de droit international s'applique en l'espèce aux actes commis par l'État du Chili à l'encontre de la situation et des droits des investisseurs établis dans la Sentence arbitrale initiale et aux actes postérieures à celle-ci.

96. « **La cause réelle** », la source des différends soumis au présent Tribunal arbitral sont des situations, des droits et des actes survenus après l'entrée en vigueur au Chili de l'API, du PIDCP et son Protocole facultatif, de la CADH, postérieures à la date à laquelle le TI a établi sa compétence à leur égard, a pris acte de la reconnaissance devant lui par l'État de l'invalidité des confiscations et, en vertu des articles 2(2), 10(1) et 10(4) de l'API, la SI a condamné l'État à indemniser les Demanders pour avoir enfreint l'art. 4 de l'API.

97. Une autre cause réelle sous-tendant le **Mémoire** sont, à leur tour, les infractions survenues après la SI vis-à-vis des articles 3, 4 et 5 (expropriation indirecte) de l'API.

**

3. Les dispositions substantielles de l'API confirment la compétence du Tribunal

98. Aux effets de la compétence du Tribunal arbitral, la protection des articles 3, 4, 5 et 7 de l'API s'étend aux *investissements effectués par les investisseurs*, les *différends* portent sur un investissement au sens de l'API, le traitement et les standards substantiels établis dans ce

¹⁷² [“(3) If, however, an act or fact or situation which took place or arose prior to the entry into force of a treaty continues to occur or exist after the treaty has come into force, it will be caught by the provisions of the treaty. The non-retroactivity principle cannot be infringed by applying a treaty to matters that occur or exist when the treaty is in force, even if they first began at an earlier date. Thus, while the European Commission of Human Rights has not considered itself competent to inquire into the propriety of legislative, administrative or Judicial acts completed and made final before the entry into force of the European Convention, it has assumed Jurisdiction where there were fresh proceedings or recurring applications of those acts after the Convention was in force. (Case of De Becker, see Yearbook of the European Convention of Human Rights (1958-59), pp. 230-235; Application No. 655/59; Yearbook of the European Convention of Human Rights (1960), p. 284)”]

traité se réfèrent au droit applicable, national et international, conventionnel et coutumier, auquel renvoie l'article 10(4). Ces trois conditions sont présentes en l'espèce.

99. Les articles 3, 4, 5 et 7 de l'API disposent :

« Article 3. Protection. 1. Chacune des Parties protégera dans son territoire les investissements effectués conformément à sa législation, par des investisseurs de l'autre Partie et il n'entravera pas, au moyen de mesures injustifiées ou discriminatoires, la gestion, le maintien, l'utilisation, la jouissance, l'extension la vente ni, le cas échéant, la liquidation de tels investissements. (...) »

« Article 4. Traitement 1. Chaque Partie garantira dans son territoire, en accord avec sa législation nationale, un traitement juste et équitable aux investissements réalisés par des investisseurs de l'autre Partie, sous des conditions non moins favorables que pour ses investisseurs nationaux.

2. Ce traitement ne sera pas moins favorable que celui accordé par chaque Partie aux investissements réalisés dans son territoire par des investisseurs d'un pays tiers. »

L'article 4(1) a été invoqué en rapport avec les actes de discrimination commis par l'État à l'encontre de l'investissement des Demanderesses après le 8 mai 2008, l'article 4(2) aux effets de l'application du standard de la Nation la Plus Favorable (voire la sections III, §153 et ss, *infra*).

« Article 5. Nationalisation et expropriation. La nationalisation, l'expropriation ou toute autre mesure de caractéristiques ou d'effets similaires qui pourrait être adoptée par les autorités d'une Partie à l'encontre des investissements d'investisseurs de l'autre Partie dans son territoire, devra être réalisée exclusivement pour cause d'utilité publique ou d'intérêt national, conformément aux dispositions constitutionnelles et légales et en aucun cas (elle) ne sera discriminatoire. La Partie qui adoptera ces mesures payera à l'investisseur, sans retard injustifié, une indemnisation adéquate, en monnaie librement convertible. La légalité de l'expropriation, nationalisation ou mesure analogue, et le montant de l'indemnisation seront susceptibles de recours en procédure judiciaire ordinaire.

Cette clause a été invoquée en rapport avec la controverse relative à des actes d'expropriation indirecte à l'encontre de l'investissement commis après le 8 mai 2008.

« Article 7 Conditions plus favorables. Les conditions plus favorables à celles du présent Accord qui auraient été convenues entre l'une des Parties et les investisseurs de l'autre Partie, ne seront pas affectées par le présent Accord.

Si à la suite de dispositions légales d'une Partie contractante, ou d'obligations actuelles ou futures distinctes du présent du Traité entre les Parties contractantes, et découlant du Droit International, il résultait une réglementation générale ou particulière en vertu de laquelle il devait être concédé aux investissements des investisseurs de l'autre Partie contractante un traitement plus favorable que celui prévu dans le présent Traité, ladite réglementation prévaudra sur le présent Traité dans la mesure où elle serait plus favorable. »

Cette clause a été invoquée en rapport avec les controverses relatives à l'investissement découlant des manquements de l'État à des obligations internationales contraignantes pour lui établies dans l'Accord d'association entre l'Union Européenne et ses États membres et le Chili, du 30 décembre 2002 (voir *infra* §139(3)).

**

4. L'État a consenti à la juridiction du Tribunal sous les Règles de la CNUDCI et au choix du for par les Demandeurs dans la clause de solution de conflits et d'arbitrage de l'API

100. Comme il est étayé dans le **Mémoire** et les considérations ci-après, le Tribunal arbitral est compétent dès lors que toutes les conditions sont réunies en l'espèce, à savoir, 1) l'API est en vigueur, 2) il lui confère juridiction, 3) l'objet des controverses est arbitral, et 4) l'article 177 de la LDIP suisse dispose que «*1. toute cause de nature patrimoniale peut faire l'objet d'un arbitrage 2. Si une partie à la convention d'arbitrage est un État (...) cette partie ne peut invoquer son propre droit pour contester l'arbitrabilité d'un litige ou sa capacité d'être partie à un arbitrage* ».

En effet, en l'espèce les arguments en faveur de la compétence du Tribunal arbitral sont parfaitement conformes à toutes ces conditions.

101. D'abord, en signant la clause du choix du for de l'article 10 de l'API, l'Espagne et le Chili ont consenti que la question de la compétence sous les Règles de la CNUDCI soit résolue par le Tribunal international choisi par les investisseurs.

102. Ensuite, selon la jurisprudence du Tribunal Suprême Fédéral suisse l'article 177 de la LDIP rend le Tribunal arbitral apte à

« élucider à titre préjudiciel des points qui n'étaient en eux-mêmes pas susceptibles d'arbitrage (...) La recourante fait aussi état de difficultés pratiques à surmonter, en pareil cas, par les tribunaux arbitraux, mais ces obstacles n'ont pas d'incidence sur le plan des principes. »¹⁷³

De la même manière,

« à moins que le contraire ne résulte d'un traité international, déterminer si la prétention qui a été élevée devant un tribunal étranger et celle qui est soumise à un tribunal suisse sont identiques est une question qui doit être tranchée selon la lex fori. »¹⁷⁴

103. En troisième lieu, le 15 mars 2018¹⁷⁵ en rejetant la prétention du Chili qui avait sollicité une décision contraire à la compétence du présent Tribunal, le 2^{ème} Comité *ad hoc* du CIRDI a respecté l'autonomie de la volonté de l'investisseur s'agissant de choisir le for, garantie par l'article 10 de l'API, ce que l'État du Chili s'évertue à nier dans son Counter-Memorial.

Cette prétention de l'État Défendeur devant le CIRDI était également contraire au principe *compétence-compétence*, d'autant plus dès lors que, rappelons-le encore, les différends soumis au présent Tribunal sont distincts de ceux que les Sentences du CIRDI ont tranchés sur le fond.

104. En quatrième lieu, l'État fait également fi de l'autonomie de la volonté des parties sous les articles 2 et 10(3) de l'API lorsque, après que le CIRDI ait rejeté sa prétention, il s'est tourné le 21 mai 2018 vers le Tribunal CNUDCI lui demandant d'abdiquer sa responsabilité arbitrale. Une prétention d'autant plus remarquable que, comme l'affirme Susan D. Franck,

*the primary impetus behind the BIT Treaty was the protection of investors, who are powerless to compel a sovereign to settle a dispute absent provisions in a treaty or convention. By itself, such a treaty transforms investors into "private attorneys general" able to enforce a BIT's international law standards against a sovereign.*¹⁷⁶.

**

5. L'article 10(2) de l'API

105. L'article 10(2) de l'API dispose :

¹⁷³ **Pièce C514**, ATF 133 III 139 du 19 février 2007, § 5

¹⁷⁴ **Pièce C426**, ATF 140 III 278 du 27 mai 2018, §3.2

¹⁷⁵ **Pièce C461**, §§20, 29, 37, 76-82

¹⁷⁶ **Pièce C516** - Franck (Susan D.), *The Legitimacy Crisis in Investment Treaty Arbitration: Privatizing Public International Law through Inconsistent Decisions*, 73 FORDHAM L. Rev. 1521, page 1538

« Si la controverse n'a pas pu être résolue au terme de six mois à partir du moment où elle aura été soulevée par l'une ou l'autre des Parties, elle sera soumise, au choix de l'investisseur: Soit aux juridictions nationales de la Partie contractante impliquée dans la controverse; Soit à un arbitrage international dans les conditions décrites au paragraphe 3.

Une fois que l'investisseur aura soumis la controverse aux juridictions de la Partie contractante impliquée ou à l'arbitrage international, le choix de l'une ou l'autre de ces procédures sera définitive. »

106. Aucune des controverses surgies entre les parties depuis la Sentence arbitrale du 8 mai 2008 n'a pu être résolue à l'amiable malgré les initiatives en ce sens des Demanderesses, l'État du Chili refusant d'appliquer de bonne foi son obligation d'assurer à leur investissement un traitement juste et équitable, en ce compris celle de s'abstenir de tout déni de justice (SI, Dispositif, points 2 et 3).

IV. RÉPONSE AUX TROIS ARGUMENTS D'INCOMPÉTENCE RESUMÉS DANS LA DÉCISION DU TRIBUNAL ARBITRAL DU 26 JUIN 2018

107. La Sentence de Réexamen du 13 septembre 2016 a considéré hors sa compétence les différends surgis entre les parties après la date critique du 3 novembre 1997 et la SI du 8 mai 2008¹⁷⁷. Cela comprend, en l'espèce, des questions relatives à des violations de l'API surgies après cette date et à la quantification du dommage causé par celles-ci.

108. L'autorité de la chose jugée de cette décision relative à la compétence du TR est limitée au système CIRDI,

if an ICSID tribunal rejects its jurisdiction for any reason, it will be res judicata for ICSID purposes only. All it means is that in the absence of a successful application for annulment, the investor will not be able to bring the claim(s) to ICSID a second time. Notwithstanding, an investor can present his claims in other dispute resolution fora. For instance, the investor could bring its claims to the European Court of Human Rights (ECtHR) (provided it has exhausted local remedies), to municipal courts or to non-ICSID BIT tribunals. Res judicata thus has a more limited scope than in national law.¹⁷⁸

¹⁷⁷ Pièce C39, SR, §§216 et 244 *in fine*

¹⁷⁸ Pièce C518, Waibel (Michael), [Investment Arbitration: Jurisdiction and Admissibility](#), University of Cambridge Faculty of Law, Legal Studies, Paper No. 9/2014, Février 2014, page 70

109. De même, la disposition de l’art. 25(1) de la Convention du CIRDI («*lorsque les parties ont donné leur consentement, aucune d’elles ne peut le retirer unilatéralement*») s’étend aux différends d’ordre juridique soumis au CIRDI et qui relèvent de la compétence de celui-ci.

110. La réponse des Demanderesses aux arguments que formule l’État Défendeur est conforme à l’article 178 de la LDIP et aux critères établis dans la jurisprudence du TSF Suisse que résume l’arrêt de la Ire Cour de droit civil dans la cause *République A. contre B. International*, qui a estimé :

«3.4.2. (...) « Il sied de préciser, à cet égard, que la convention d’arbitrage résulte, in casu, d’un mécanisme particulier puisque son point d’ancrage se situe directement dans un traité multilatéral conclu par des États pour la protection des investissements, traité dont une disposition prévoit le recours à l’arbitrage pour régler les différends relatifs aux prétendues violations de ses clauses matérielles (appelées aussi substantielles). La pratique arbitrale assimile pareille disposition à une offre de chacun des États contractants de résoudre par l’arbitrage les litiges qui pourraient l’opposer aux investisseurs (non parties au traité) des autres États contractants. La convention d’arbitrage n’est conclue qu’au moment où l’investisseur accepte l’offre de l’État, ce qu’il fera le plus souvent par l’acte concluant que constitue le dépôt d’une requête d’arbitrage (...) D’où il suit que l’existence d’une convention d’arbitrage doit être admise, sous cette modalité atypique que la jurisprudence a envisagé de rapprocher de la stipulation pour autrui au sens de l’art. 112 CO (arrêts 4P.114/2006 du 7 septembre 2006 consid. 4.1; 1P.113/2000 du 20 septembre 2000 consid. 1c). »¹⁷⁹

En l’espèce, l’offre d’arbitrage de la part de l’État figurant dans l’API a été acceptée par les Demanderesses le 12 avril 2017 suivant le sens ordinaire à attribuer aux termes de cet Accord et des critères acceptés par la jurisprudence du TFS que reflète cet arrêt.

IV.1. ARGUMENT N° 1 :

« *Le premier [argument] concerne le caractère exclusif des procédures CIRDI consacré à l’article 26 de la Convention CIRDI. La Défenderesse soutient que, dès que les parties à un différend consentent à l’arbitrage CIRDI, elles perdent leur droit d’exercer un recours dans*

¹⁷⁹ Pièce C519, ATF 4A_34/2015 du 6 octobre 2015, §3.4.2, Charte de l’Énergie, recours en matière civile

un forum différend, qu'il soit national ou international, et ne peuvent porter leurs demandes que devant le CIRDI. La Défenderesse soutient qu'en l'espèce, les Parties n'ont pas exclu la règle d'exclusivité du CIRDI par voie de l'article 10(3) de l'API. Selon elle, l'article 10(3) du Traité renforce le caractère exclusif des procédures CIRDI»¹⁸⁰

111. Il a été répondu à cet argument dans le **Mémoire** (section VII(2)(f) et §§241-249, 272), et dans les Observations additionnelles du 7 juin 2018 (section V) à la *Supplementary Submission on Bifurcation* de la Défenderesse. On y ajoutera les arguments qui suivent, le sens de l'article 10(3) étant traité dans la section III.4 *supra*.

L'invocation que fait l'État Défendeur de l'article 26 de la Convention du CIRDI n'a pas de fondement, est contradictoire et sans pertinence en l'espèce

112. La prétention de l'État paraît ignorer des questions de droit et de fait fondamentales, à savoir :

- i. que la nature de l'article 26 de la Convention du CIRDI n'est pas juridictionnelle mais procédurale ;
- ii. que l'article 10(3) de l'API Espagne-Chili n'est pas une clause *electa una via...* ou *fork in the road*, dès lors qu'il s'agit d'arbitrer des disputes différentes entre des tribunaux internationaux d'égale hiérarchie et indépendants l'un de l'autre ;
- iii. que les obligations imposées dans la Sentence arbitrale du CIRDI de 2008 non exprimées en termes monétaires ne sont pas exécutoires sous la Convention du CIRDI mais sous celle de New York, comme il est développée dans la réponse *infra* à la 1^{ère} exception à la compétence (§§168-172),
- iv. qu'aucune question sur laquelle le TI et le TR ont établi leur compétence et qui aurait été tranchée sur le fond par la SI ou la SR n'a été soumise au présent arbitrage sous les règles de la CNUDCI.¹⁸¹

¹⁸⁰ Décision sur la bifurcation, §67, qui renvoi aux §§224 à 231 du *Counter-Memorial*

¹⁸¹ Réponse aux §§227, 231, 236, 275 du *Counter-Memorial*

113. Lors du différend soumis à l'arbitrage le 3 novembre 1997 l'État s'est opposé à l'application de l'article 26 de la Convention du CIRDI lorsque les Demanderesses l'ont invoqué en rapport avec des procédures internes instrumentalisées par l'État :

« *Vu la communication des Parties demanderesses du 23 avril 2001, par laquelle ces dernières sollicitent du Tribunal la recommandation de mesures conservatoires en ces termes:*

« *En conséquence, vu les articles 47, 26 et 25 (I) de la Convention de Washington, l'article 39 du Règlement d'Arbitrage et l'article 10.2 in fine de l'Accord bilatéral de protection des investissements du 2 octobre 1991, il est demandé au Tribunal Arbitral : de recommander à la République du Chili de surseoir à exécuter la Décision No 43 [prise par le Ministre des Biens Nationaux du Chili le 28 avril 2000], de prendre toutes les mesures nécessaires à cet effet, y compris à l'égard de ses propres administrations et juridictions nationales, [d'inviter] les Parties à informer régulièrement le Tribunal sur la mise en application de ses recommandations dans l'attente d'une décision définitive du Tribunal Arbitral sur sa compétence et, le cas échéant, sur le fond du litige .»¹⁸² [Soulignement ajouté]*

114. Le Chili n'a pas non plus demandé que soit appliqué l'article 26 de la Convention CIRDI en juin 2017, lorsque les Demanderesses ont initié la procédure de mesures préjudicielles devant le 1^{er} Tribunal civil de Santiago contre le Ministre des AA.EE. ni lorsque le Tribunal a ordonné à celui-ci de produire les paiements effectués à des membres des Essex Courts Chambers depuis 2005.¹⁸³

115. D'autre part, comme il a été indiqué dans le **Mémoire**¹⁸⁴, l'objet de l'article 26 de la Convention CIRDI -tel que cela apparaît dans les *travaux préparatoires*¹⁸⁵ et a été confirmé dans les affaires CIRDI depuis l'affaire *Holiday Inn's v. le Maroc*¹⁸⁶- est l'ensemble des remèdes devant les juridictions internes dont fait état une version préliminaire de l'article 26 :

¹⁸² **Pièce C520**, Décision du Tribunal arbitral initial du 25 septembre 2001 sur les Mesures Conservatoires sollicitées par les Parties, page 570, accessible dans <https://bit.ly/2LLOWE8>

¹⁸³ **Pièces C196**, injonction du 28^{ème} Tribunal civil de Santiago du 24 juillet 2017

¹⁸⁴ Voir le **Mémoire**, §§283-289

¹⁸⁵ Cette question est développée dans le **Mémoire**, §284

¹⁸⁶ **Pièce C521**, Lalive (P.) *The First "World Bank" Arbitration (Holiday Inns v. Morocco) - Some Legal Problems*, et Tupman (W.M.) *Case Studies in the Jurisdiction of the International Centre for Settlement of Investment Disputes*, 35 ICLQ, 1986: "the Moroccan tribunals should refrain from making decisions until the Arbitral Tribunal has decided these questions or, if the Tribunal had already decided them, the Moroccan tribunals should follow its opinion. Any other solution would, or might, put in issue the responsibility of the Moroccan State and would endanger the rule that international proceedings prevail over internal proceedings".

« Le consentement des parties à l'arbitrage dans le cadre de la présente Convention est, sauf stipulation contraire, considéré comme impliquant renonciation à l'exercice de tout autre recours. Comme condition à son consentement à l'arbitrage dans le cadre de la présente Convention, un État contractant peut exiger que les recours administratifs ou judiciaires internes soient épuisés »¹⁸⁷,

et le débat de la Commission de rédaction présidée par M. Aaron Broches :

*Mr. BROCHE (Chairman) reiterated that the Convention did not express any view with regard to the desirability or undesirability of exhausting local remedies. All the Convention said was that where there was consent to submit a dispute to the Centre, this would mean that the exhaustion of local remedies has been waived. It, e.g., clarified that where a State included a unilateral provision in the legislation for encouraging investments that investment agreements would be subject to international arbitration, such a provision would be taken to exclude local remedies unless a contrary intention was expressed*¹⁸⁸

*Mr. BROCHES(Chairman) stated that this sentence made it clear that an arbitration clause included in an investment agreement could say that no recourse would be had to arbitration unless local remedies, either of an administrative nature or a judicial nature, had been exhausted. The reason why it was stated specifically that one of the conditions might be the prior exhaustion of local remedies was not because it was desirable or undesirable, but merely to make it clear that by providing what had been stated in the first sentence it was not meant to exclude what States could do under the second sentence.*¹⁸⁹

*MEMORANDUM FROM THE GENERAL COUNSEL. (...) Arbitration as exclusive remedy (...) 31. It may be presumed that when a State and an investor agree to have recourse to arbitration, and do not reserve the right to have recourse to other remedies or require the prior exhaustion of other remedies, the intention of the parties is to have recourse to arbitration to the exclusion of any other remedy. This rule of interpretation is embodied in the first sentence of Article 26(1). In order to make clear that it was not intended thereby to modify the rules of international law regarding the exhaustion of local remedies, the second sentence explicitly recognizes the right of a State to require the prior exhaustion of local remedies.*¹⁹⁰

¹⁸⁷ **Pièce C522**, *History of the ICSID Convention*, Vol. I, page 132

¹⁸⁸ **Pièce C523.**, Vol. II, page 756

¹⁸⁹ **Ibid.**, Vol. II, pages 793

¹⁹⁰ **Ibid.**, *History of the ICSID Convention*, Vol. II, pages 958, 959

L'exception sur la compétence du Tribunal que formule l'État Défendeur est incompatible avec une interprétation littérale de l'article 26 de la Convention du CIRDI de même qu'avec les travaux préparatoires.

116. Et, en effet, l'État du Chili avait invoqué en 2003 l'article 26 de la Convention du CIRDI et l'article 10(2) de l'API dans le but d'opposer la juridiction d'un tribunal interne (le 1^{er} Tribunal civil de Santiago dans l'affaire *Pey c. le Fisc* initiée le 4 octobre 1995) à celle du Tribunal initial du CIRDI pour trancher le différend « *résidant essentiellement dans la Décision n°43 [du 28 avril 2000] et le déni de justice allégué qui lui est lié (...)* » (SI, §§464, 623, 674, 679).¹⁹¹ La SI du CIRDI a rejeté cette prétention de l'État:

« 476. *L'État défendeur en conclut que la demande complémentaire [du 4 novembre 2002¹⁹²] est contraire aux dispositions de l'article 10(3) de l'API, à l'article 26 de la Convention CIRDI, à l'article 40(1) du Règlement d'arbitrage du CIRDI ainsi qu'aux « principes fondamentaux de fair play, préclusion et de justice de procédure ». Elle ne pourrait donc être accueillie. » (...)*

« *Conclusions du Tribunal. (...) L'exercice de l'option irrévocable suppose la réunion de trois conditions. Les demandes portées respectivement devant les juridictions nationales et devant le Tribunal arbitral doivent avoir à la fois le même objet et le même fondement et être présentées par les mêmes parties. Ainsi que l'a rappelé très clairement le Tribunal arbitral constitué dans l'affaire *Occidental Exploration and Production Company c. Equateur*:*

« [t]o the extent that a dispute might involve the same parties, object and cause of action it might be considered as the same dispute and the 'fork in the road' mechanism would preclude its submission to concurrent tribunals »

*Le Tribunal arbitral dans l'affaire *Azurix c. Argentine*, a justement souligné que l'exigence de la triple identité a été constamment réaffirmée par les tribunaux arbitraux. De même, dans l'affaire *CMS c. Argentine*, le Tribunal arbitral a rappelé qu'une clause d'option irrévocable ne pouvait trouver à s'appliquer lorsque les parties et le fondement de la demande sont différents.*

¹⁹¹ Voir le §282 du **Mémoire**

¹⁹² **Pièce C35**

Si l'un des trois éléments de la triple identité rappelée ci-dessus fait défaut, la clause d'option irrévocable ne peut être appliquée. Or, cette triple identité n'a jamais existé dans la présente affaire. »¹⁹³

117. De même que dans le différend soumis à la juridiction du CIRDI le 3 novembre 1997, dans les différends soumis à la juridiction CNUDCI le 12 avril 2017 et dans le **Mémoire** fait également défaut la triple identité, contrairement à ce que prétend l'État Défendeur à ce sujet.¹⁹⁴

118. En outre, il n'existe pas dans l'article 10(3) de l'API de clause d'exclusivité en faveur d'une ou de l'autre juridiction ni de contradiction possible entre les deux dès lors

- a) Que les tribunaux CIRDI et CNUDCI sont de la même hiérarchie,
- b) Que la nature obligatoire des deux Sentences du CIRDI a été explicitement invoquée dans la Notification du 12 avril 2017 et dans le **Mémoire**¹⁹⁵,
- c) Que l'objet et la *causa petendi* de celles-ci sont différents de ceux de la Requête initiale du 3 novembre 1997,
- d) Que le risque de double réparation a été également écarté explicitement par les Demanderesses¹⁹⁶,
- e) Qu'il n'y a pas de doublement de procédures, ni de concurrence, ni de conflit de juridictions ni de litispendance ;
- f) Que la portée de la décision à intervenir dans la procédure d'annulation de la SR ne peut modifier la *causa petendi* et l'objet du **Mémoire** devant le présent Tribunal sous les Règles de la CNUDCI du fait qu'il n'existe pas de contradiction.

En l'espèce il n'y a pas conflit de juridictions, ni répétition d'une même demande, ni dispersion de demandes liées, ni litispendance¹⁹⁷

¹⁹³ **Pièce C14**, SI, §§476, 483-486

¹⁹⁴ Voir le **Mémoire**, section VII

¹⁹⁵ **Ibid.**, voir les §§47, 234, 275 *in fine*, 278, 280, 287, 291, 296, 532, 533, 541 affirmant le caractère obligatoire de la SR

¹⁹⁶ Voir l'Introduction du **Mémoire**

¹⁹⁷ Ces questions sont développées dans le **Mémoire**, section VII.

119. Il n’y a pas de procédures parallèles entre le présent Tribunal et un autre tribunal, une circonstance qui relèverait de ce que dispose ledit article 186(1bis) de la LDIP suisse et dont le présent Tribunal serait seul compétent pour la décider.¹⁹⁸

120. En l’absence de procédure parallèle, il n’y a pas de *lis pendens* :

*« lorsqu’elle n’oppose pas des juridiction saisies de demandes identiques, mais des demandes simplement liées, la concurrence juridictionnelle est naturelle. Elle n’est que le résultat du jeu normal des règles de compétences ...les différents éléments factuels qui composent une situation litigieuse d’ensemble peuvent être dispersées devant des juridiction différentes. »*¹⁹⁹

121. Dans le cas présent la possibilité d’une contrariété de décisions n’a pas lieu du fait

- a. Que la SI, *res iudicata*, est le point de départ du **Mémoire** sous les règles de la CNUDCI ;
- b. Que la SR, dans ses §§216 et 244 *in fine* a déclaré hors sa compétence les différends survenus entre les parties après le 3 novembre 1997 -ce qui comprend les violations de l’API « résidant essentiellement dans la Décision n°43 [du 28 avril 2000] et le déni de justice allégué qui lui est lié (...)» (SI, §§464, 623, 674, 679)- et les violations alléguées commises après le 8 mai 2008, de même que « la réparation des injustices passées qui ont été reconnues » (SR, §244).²⁰⁰
- c. Qu’il n’y a pas de concurrence juridictionnelle : la SI est consolidée ; la SR également (y compris en cas d’une annulation totale ou partielle) ;
- d. Que l’absence de toute litispendance prévient toute concurrence, comme l’a confirmé la Décision du 2^{ème} Comité *ad hoc* du CIRDI du 15 mars 2018 :

« ces principes [res iudicata, litispendance, l’article 26 de la Convention CIRDI lui-même] ne s’appliquent pas à de nouvelles demandes, c’est-à-dire à des demandes qui résultent prétendument de violations du TBI qui se sont produites après le début de la procédure arbitrale dans la présente affaire. Pour reprendre les termes employés par le Tribunal de Nouvel Examen, ‘la date critique’ est la date de la requête d’arbitrage initiale des

¹⁹⁸ Voir *supra* le §25 et la nbp n° 73

¹⁹⁹ **Pièce C254**, Débourg (C.), *Les contrariétés de décisions dans l’arbitrage international*, Paris, Pédone, 2015, §299

²⁰⁰ Observation au §227 du *Counter-Memorial*

Demanderesses, soit le 3 novembre 1997. »²⁰¹

122. En conséquence, il n'y a pas de répétition d'une même demande, ni dispersion de demandes liées.

Depuis le 12 avril 2017 il n'y a qu'une seule demande en cours, celle sous les Règles CNUDCI -qui est indépendante, indifférente, à toute éventuelle confirmation ou annulation, totale ou partielle, de la SR par le 2^{ème} Comité *ad hoc*.

123. Si, toutefois, on considérait qu'il existe une dispersion de demandes liées, il ne s'agirait pas d'un dysfonctionnement du système de répartition des compétences mais, au contraire, d'un fractionnement normal pour lequel n'existe pas de correctif disponible en matière d'arbitrage international. Rassembler le contentieux au mépris de la volonté des parties est trop grave lorsque l'hypothèse de contrariété de décisions n'est qu'une faible éventualité, compte tenu que la matière litigieuse ne pourrait être que partiellement commune, parfois implicitement.

124. Or, comme il est développé dans les sections III, IV et VII dans le **Mémoire** et dans le §139 *infra*, les différends soumis dans la présente affaire sous la juridiction CNUDCI²⁰² sont nés entre les parties après le 8 mai 2008 -et n'ont jamais été soumis à la juridiction du CIRDI ou sont hors la compétence de celui-ci²⁰³-, à savoir

I. les questions et les prétentions relatives à la violation du droit des Demanderesses à l'accès à un procès arbitral juste et équitable, au *due process*, à un recours effectif, à la pleine reconnaissance de la propriété, à une réparation intégrale, enfreignant

- i. les articles 5, 7, 19(3) et 19(24) de la Constitution chilienne²⁰⁴,
- ii. les articles 1(1), 8(1), 13, 24, 25, 21 et 63(1) de la Convention américaine relative aux DD.HH.,
- iii. les articles 2(3) et 14(1) du Pacte international relatif aux droits civils et politiques, du 16 décembre 1966,

²⁰¹ **Pièce C461**, Décision sur la suspension de l'exécution de la SR, CIRDI, *Comité ad hoc*, 15 mars 2018, §79, dont le *Counter-Memorial* fait une citation partielle hors-contexte dans les §§210 et 301

²⁰² Voir la section III du **Mémoire**

²⁰³ Observation au §224 du *Counter-Memorial*

²⁰⁴ **Pièce C526e**, Constitution du Chili

iv. les articles 33 et 147 de la IV^{ème} Convention de Genève du 12 août 1959.

II. Tous des droits que le Tribunal Suprême Fédéral de la Confédération Helvétique est tenu de respecter, et de faire respecter dans la présente procédure arbitrale, en rapport avec les questions et les **prétentions** relatives

- i. à la controverse née entre les parties le 4 février 2013 pour infraction aux articles 10(5), 3, 4 et 5 de l'API ;
- ii. à l'expropriation indirecte des droits reconnus dans la Sentence arbitrale du 8 mai 2008, enfreignant les articles 3(1),4 et 5 de l'API depuis le 24 juillet 2008 ;
- iii. à la discrimination à l'endroit des investisseurs demandeurs depuis le 8 mai 2008, enfreignant les articles 10(5), 3(1), 4 et 5 de l'API ;
- iv. à la violation par l'État du Chili des articles 3 et 4 de l'API, par non respect des obligations de résultat et de comportement qui pèsent sur lui du fait de ce qu'a statué la Sentence arbitrale du 8 mai 2008 ;
- v. aux actes de l'État du Chili relatifs au groupement d'avocats dont sont membres la majorité des arbitres dans la procédure suivie auprès du CIRDI entre juin 2013 et octobre 2017, enfreignant les articles 3, 4, 10(5) et 10(5) de l'API ;
- vi. au refus du Gouvernement chilien d'accomplir l'injonction du 24 juillet 2017 de produire les informations relatives aux paiements à des membres des Essex Court Chambers, jusqu'à la rendre inefficace le 20 avril 2018, enfreignant l'article 4 de l'API.

Aux effets de la présente procédure arbitrale il n'existe pas de contrariété entre la SI et la SR

125. La coexistence de deux sentences arbitrales contradictoires pouvant être considérée contraire à l'ordre public international, et son résultat étant notamment le fait qu'« il n'est pas possible [...] d'exécuter deux décisions contraires»²⁰⁵, il importe de remarquer l'inexistence de contrariétés entre la SI et la SR.

²⁰⁵ Batiffol (V.H.) –Lagarde (P.), *Traité de droit international privé*, t. 2, 7^{ème} édition, Paris, LGDJ, 1983, n° 727, page 589 et ss. Dans un arrêt de la Cour d'appel de Paris (voir la **pièce C579**), les juges ont rejeté le moyen d'annulation fondé sur l'article 1502-3° ancien et invoquant la contradiction des énonciations du

126. On rappellera, d’abord, que l’article 26 de la Convention du CIRDI dispose la « *renonciation à l’exercice de tout autre recours* » « *sauf stipulation contraire* ».

Indépendamment du fait que selon *les travaux préparatoires* de la Convention et la jurisprudence du CIRDI l’objet de cet article sont les tribunaux de l’État hôte et non les tribunaux internationaux²⁰⁶, une « *stipulation contraire* » figure dans l’article 10(3) de l’API dès lors qu’il offre, au choix de l’investisseur, la juridiction d’un Tribunal international *ad hoc* conformément aux Règles de la CNUDCI.²⁰⁷

En outre, comme l’a constaté le 2^{ème} Comité *ad hoc* le 15 mars 2018²⁰⁸, le TR a affirmé manquer de compétence sur les questions surgies après le 3 novembre 1997 de même que sur celles postérieures au 8 mai 2008,

127. Le choix de la juridiction CNUDCI est d’autant plus justifié et nécessaire dès lors que l’article 25(2)(a) de la Convention du CIRDI exclut l’accès à l’arbitrage de Mme. Pey (cessionnaire de 10% des actions de CPP S.A.) du fait de sa double nationalité espagnole et chilienne.

Six images virtuelles fallacieuses créés par la Défenderesse

128. L’État a créé deux images virtuelles lorsqu’il a affirmé que

tribunal arbitral avec l’appréciation retenue par des juridictions étrangères (Paris, 25 sept. 2008, *République tchèque*, *Rev. arb.* 2008, p. 839). Dans cette affaire, la Cour d’appel de Paris était saisie d’une demande d’annulation d’une sentence arbitrale prononcée par un tribunal arbitral compétent en vertu d’un traité bilatéral d’investissement. Par cette sentence, les arbitres ont jugé que l’État d’accueil de l’investissement litigieux avait manqué à ses obligations contractuelles d’accueil en lui imputant la violation d’un contrat de bail commise par une entité publique partenaire local de l’investisseur. Or, ce contrat de bail avait été annulé par les juridictions étatiques. Au soutien de l’annulation de la sentence arbitrale, la demanderesse a fait valoir que cette contradiction révélait que l’arbitre n’avait pas respecté sa mission dès lors que l’article 8 alinéa 1 du TBI envisage la soumission des différends de quelque nature entre l’une des Parties contractantes et un investisseur de l’autre Partie contractante. Elles ne se limitent pas aux litiges qui trouvent leur cause dans une violation du TBI mais s’étendent à tout litige qui concerne un investissement, quelle qu’en soit la cause, y compris une violation du contrat et plus particulièrement quand il s’agit d’un contrat conclu avec une personne publique (N° rép. gén. : 07/04675. — MM. Périé, prés., Matet et Hascher, cons. — Mes Teynier et Kuckenbourg, av. — Décision attaquée : sentence arbitrale rendue à Paris le 5 février 2007. — Rejet du recours en annulation)

²⁰⁶ Cette question est développée dans le **Mémoire**, §§285, 287-289, citant les sentences arbitrales dans les affaires *SGS v. Philippines* (**pièce C217**), *SPP v. Egypt* (**pièce C153bis**), *Am Pal v. Egypt* (**pièce C218**), *Orascom v. Algeria* (**pièce C219**)

²⁰⁷ Observation au §225 du *Counter-Memorial*

²⁰⁸ **Pièce C461**, §§76-81

« Claimants' theory in this regard seems to be (1) that assertions about events post-dating the First Award necessarily are exempted from the ICSID Exclusivity Rule, and (2) that in any event, the parties in this case opted out of such Rule by means of Article 10(3) of the BIT. »²⁰⁹

“The ICSID Exclusivity Rule is so strong that, even if an award is annulled, the dispute still remains at ICSID, where the option of “resubmission” is available (and indeed, Claimants themselves exercised that option)”. ²¹⁰

On remarquera, d’abord, le soin pris par l’État pour ne pas y indiquer à quelle date les Demanderesses auraient exercé la supposée « option » de « resoumission », alors que ce qui importe est que la délimitation *ratione temporis* de la compétence du Tribunal est déterminée par la date à laquelle la dispute est née, et non par la date de ce qui est retenu comme « event » à l’origine de la dispute.

En deuxième lieu, l’État ne peut ignorer que les Demanderesses affirment une autre chose dès lors que leurs propositions relatives aux différends nés après le 8 mai 2008 ont été notées dans un sens affirmatif lors de la Décision du 2^{ème} Comité *ad hoc* du CIRDI 15 mars 2018 (§§78-80).²¹¹

En troisième lieu, les Demanderesses fondent leurs propositions conformément à la définition de la notion de « controverse » -distincte du « fait » à l’origine de celle-ci – établie par la SI du CIRDI et confirmée par le 1^{er} Comité *ad hoc*²¹², à savoir :

« la notion de ‘ controverse ’ que les parties tiennent pour équivalente à celle de différend... est définie dans la jurisprudence des juridictions internationales comme ‘ un désaccord sur un point de droit ou de fait, une contradiction, une opposition de thèses juridiques ou d’intérêts entre deux personnes ’ »³⁷⁰²¹³ ;

« Cette définition du différend, qui exige un minimum d’échanges entre les parties, l’une portant le problème à la connaissance de l’autre, cette dernière s’opposant à la position de l’autre partie directement ou indirectement, est également celle retenue par le présent Tribunal.

²⁰⁹ Counter-Memorial, §226

²¹⁰ Counter-Memorial, §227

²¹¹ Observation au §226 du Counter-Memorial

²¹² **Pièce C15**, §§42, 55, 179, 189, 194

²¹³ **Pièce C14**, Sentence initiale du 8 mai 2008, §441, nbp 370 : « Affaire des Concessions Mavrommatis en Palestine, arrêt n°2, 1924, Série A, n°2, pp. 4 et ss, spéc. p. 11. Voir également l’affaire relative au Timor oriental, arrêt, 30 juin 1995, C.I.J. Recueil 1995, pp. 91 et s, spéc. pp. 99-100 (la Cour rappelle la jurisprudence constante de la Cour Permanente de Justice Internationale et de la Cour Internationale de Justice en la matière). »

Ainsi que l'a souligné le tribunal arbitral dans l'affaire Helnan c. Egypte, '[The parties' disagreement] crystallizes as a 'dispute' as soon as one of the parties decides to have it solved, whether or not by a third party'. Ce n'est qu'avec l'expression et la confrontation des points de vue des parties que se cristallise le différend. »²¹⁴

*« Les demanderesses ont précisé à plusieurs reprises qu'il fallait distinguer le différend et les faits à l'origine du différend. Le Tribunal partage cette analyse. Comme l'a récemment rappelé le tribunal arbitral constitué dans l'affaire Duke Energy, « What is decisive of the Tribunal's jurisdiction *ratione temporis* is the point in time at which the instant legal dispute between the parties arose, not the point in time during which the factual matters on which the dispute is based took place ». »²¹⁵*

“L'argument de la partie adverse [l'État du Chili] selon lequel 'le différend juridique, objet du présent arbitrage, est né le 10 février 1975', ne tient aucun compte de la distinction entre le moment où survient le différend et celui où se produisent les faits litigieux qui en sont la source. La date invoquée par la défenderesse est celle de l'adoption d'un décret de confiscation qui est certes à l'origine du différend mais n'en est ni la manifestation concrète ni la cristallisation ; l'État défendeur ne fait pas état d'une opposition entre M. Pey Casado et le Gouvernement chilien à cette époque qui soit susceptible de refléter l'expression d'un différend. Le premier différend allégué étant postérieur à l'entrée en vigueur de l'API Espagne-Chili, la condition de compétence se trouve satisfaite à son égard. »²¹⁶

Or ce que la Sentence de Réexamen du 13 mars 2016 a déclaré hors sa compétence sont les questions surgies entre les parties après le 3 novembre 1997 et, *a fortiori*, celles surgies après le 8 mai 2008²¹⁷, et les différends soumis à l'arbitrage devant le présent Tribunal arbitral sont tous postérieurs à ces dates-là.

129. En affirmant que

“Claimants' merits theory appears to rest on the notion that the 2008 Goss Ruling consisted of evidence that would have affected the First Award's conclusions on the Temporal Problem”²¹⁸,

l'État a créé une troisième image virtuelle sur la base d'une omission concernant les dates pertinentes, à savoir que le Jugement interne du 24 juillet 2008 étant postérieur à la

²¹⁴ **Pièce C14**, Sentence initiale du 8 mai 2008, §443, citations omises

²¹⁵ **Ibid.**, §446, citations omises

²¹⁶ **Ibid.**, §447, citations omises

²¹⁷ Observation au §227 du *Counter-Memorial*

²¹⁸ *Counter-Memorial*, §228(1)

Sentence arbitrale du 8 mai 2008, le Tribunal arbitral initial a été contraint de déterminer sa compétence *ratione temporis* sans avoir pu connaître le contenu du Jugement interne devant mettre en question la validité du Décret confiscatoire n° 165.²¹⁹

130. La confusion continue par le biais d'une quatrième image virtuelle:

*“Claimants must have understood that the ICSID remedy of revision was available to them, since they had availed themselves of precisely that remedy, in this very case, the deadline for seeking revision of the First Award was 8 May 2011. Claimants have conceded that they became aware of the 2008 Goss Ruling before the 8 May 2011 deadline. Despite the foregoing, Claimants did not commence any revision proceeding at ICSID in connection with the 2008 Goss Ruling.”*²²⁰

Cette image repose également sur une omission des dates pertinentes.

À supposer que la Sentence initiale du 8 mai 2008 ait été susceptible de révision jusqu'au 8 mai 2011 -ce qui constitue une spéculation de la part de l'État- la demande en révision de la SI formulée par M. Pey et la Fondation le 3 juin 2008 portait sur un fait antérieur au prononcé de celle-ci le 8 mai 2008, comme l'a constaté la Décision du 18 novembre 2009 du Tribunal arbitral initial.²²¹ Or le Jugement interne du 24 juillet 2008 est postérieur à la Sentence arbitrale du 8 mai 2008 dont la notification a M. Pey²²² n'a eu lieu que le 28 janvier 2011.²²³

Le fait que le TI a statué explicitement dans ce cadre juridique est *res iudicata*. Les conséquences en sont très claires sur la portée de ce qui dépend de façon déterminante de l'option du TI de situer sa décision dans le cadre du libellé administratif existant à sa connaissance.

131. L'État persiste dans la confusion en créant une cinquième image virtuelle

²¹⁹ Observation au §228 du *Counter-Memorial*

²²⁰ *Ibid.*, §228 (2), (3) et (4)

²²¹ **Pièce C344**, Décision du 18 novembre 2009 du Tribunal arbitral initial (procédure de révision partielle de la SI), §17 : « *Selon la Demande en révision (page 2, N° 4), l'origine de la Demande serait la 'connaissance d'un article de presse paru le 3 mars 2008 dans le Journal de Santiago relatif à l'indemnisation des propriétaires de l'entreprise d'imprimerie Horizonte, faisant état d'une transaction signée par le Conseil de la Défense de l'État du Chili', et, plus précisément, la prise de connaissance d'un 'communiqué de presse, posté le 22 février 2008 par le Conseil de Défense de l'Etat du Chili'. Selon le Conseil des Demanderesses (transcription, 10 mars 2009, page 9, l.16-20), la causa petendi est 'la déclaration du Conseil de Défense de l'État du Chili, reconnaissant officiellement que la jurisprudence de la Cour Suprême du Chili en matière de décrets de confiscation ordonnés en application du Décret-Loi N° 77 de 1973 est constante* » (cf. aussi *Demande*, N° 6)».

²²² Voir le **Mémoire**, section IV

²²³ Observation au §228 du *Counter-Memorial*

“In addition to the ‘revision’ remedy, the Convention also contemplates an “interpretation” remedy (...) This, too, is important, given that Claimants are asserting that the present UNCITRAL proceeding involves a ‘controverse née du manquement de l’État du Chili aux obligations que la Sentence arbitrale du 8 mai 2008 lui a ordonné de garantir aux investisseurs.’ If such a dispute did indeed exist, as they claim, it could only be resolved at ICSID, as Claimants themselves conceded in their Interpretation Request.”²²⁴

Or l’État n’ignore pas²²⁵

- a) Que la controverse relative au Jugement interne s’étant cristallisé le 4 février 2013, l’article 50 de la Convention du CIRDI ne permet pas une interprétation la Sentence arbitrale du 8 mai 2008 sur la base de ce fait postérieur et des actions et/ou inactions qui ont suivi celui-ci ;
- b) Ni que la soi-disant “concession” des Demanderesses n’existe pas ;
- c) Ni qu’il se contredit dès lors qu’il soutient (§195)
 - i. que les points 1 à 3 de la SI initiale interprétés par la SR sont « *the exact same paragraphs that the Resubmission Tribunal had already examined and interpreted* » -mais dans le sens que les questions surgies entre les parties après le 3 novembre 1997 sont hors la compétence du TR qui avait reçu la mission de fixer le *quantum* du dédommagement dû en vertu de la SI *res iudicata*-, et
 - ii. qu’un *appeal* n’est en aucun cas un remède admissible.
- d) Ni que le précédent qu’il invoque²²⁶ dément ses prétentions dès lors que les circonstances de l’affaire *Wena c. Egypte* ne sont pas comparables, le TR de l’affaire Pey Casado ayant clairement affirmé, le 13 septembre 2016, ne pas être compétent pour connaître des questions surgies entre les parties après le 8 mai 2008 et de ce qui a trait à la réparation des injustices reconnues par l’État devant le Tribunal initial (SR, §§216 et 244 *in fine*), des données essentielles qui n’existaient pas dans l’affaire *Wena*.

132. Dans une sixième image virtuelle, l’État poursuit la confusion en affirmant que

²²⁴ *Counter-Memorial*, §229. Une telle “concession” n’existe pas, la Défenderesse fait ici une citation hors-contexte d’une initiative processuelle du 7 octobre 2016 dont les Demanderesses ont désisté le 21 avril 2017

²²⁵ Observation au §229 du *Counter-Memorial*

²²⁶ *Ibid.*, nbp 547

« no such dispute exists, as the Resubmission Award already resolved with binding effect the question of “the nature of the compensation due for the breach or breaches already established by the First Tribunal, and, if . . . that compensation [were to] take a monetary form, the amount thereof.”²²⁷

L'État n'ignore pas cependant que la SR a délimité sa compétence au seul différend soumis dans la Requête initiale du 3 novembre 1997. Or, par définition, les différends et les prétentions soumis dans la procédure CNUDCI sont tous nés entre les parties après la date du 8 mai 2008.²²⁸

133. En conclusion,

- i. dès lors que les différends soumis au Tribunal CNUDCI sont différents de ceux soumis à un Tribunal compétent sous la juridiction du CIRDI et/ou hors la compétence de ce dernier, la prémisse de cet argument de l'État -qu'il s'agirait d'un seul et même « différend »- n'a pas de fondement ;
- ii. L'État cependant fonde son argument en attribuant une exclusivité à l'article 26 de la Convention du CIRDI qui, comme on l'a vu *supra*, est incompatible avec sa rédaction littérale, sa nature non juridictionnelle, la jurisprudence et la doctrine cités dans les Mémoires des Demanderesses²²⁹, ou avec les *travaux préparatoires* de la Convention du CIRDI.
- iii. En conséquence, ce premier argument contre la compétence du Tribunal arbitral est dénué de fondement.

**

IV.2. ARGUMENT N° 2 :

²²⁷ *Ibid.*, §229

²²⁸ Observation au §229 du *Counter-Memorial*

²²⁹ Observation au §233 du *Counter-memorial*

« Le second argument de la Défenderesse consiste à affirmer que l'article 10(3) du Traité, qui est une clause de sélection de for comportant les termes 'one of the following arbitration bodies', implique nécessairement qu'un investisseur ne peut soumettre un différend à la fois à l'arbitrage CIRDI et CNUDCI, mais doit choisir l'un d'eux. La Défenderesse soutient que cette lecture est conforme tant à la version originale espagnole du Traité ('En caso de recurso al arbitraje internacional la controversia podrá ser llevada ante uno de los órganos de arbitraje designados a continuación'), qu'à la version française ('devant l'un des organismes'). »²³⁰

134. À cet argument il avait été répondu dans le **Mémoire** -§§241-249, 272, 282-289, 298- dans les Observations additionnelles du 7 juin 2018 -section III, §§13, 14, avec les pièces à l'appui C468²³¹, C469²³², C470²³³, C471²³⁴, C472²³⁵, C473²³⁶ et C474²³⁷- dont on réitère ici les fondements, ce que l'État Défendeur n'a pas réfuté.

À ces fondements l'on peut ajouter ceux qui suivent.

Le sens et la portée de l'article 10(3) sont subordonnés aux articles 2(2) et 10(1) de l'API

135. L'article 10(1) de l'API Espagne-Chili dispose:

« *Conflicts entre l'une des Parties et des investisseurs de l'autre Partie. 1. **Toute controverse relative aux investissements**, au sens du présent Traité, entre une Partie contractante et un investisseur de l'autre Partie contractante sera, dans la mesure du possible, résolue par des discussions amiables entre les deux parties à la controverse. »*

136. « *Toute controverse...* » n'a pas d'autre exigence que son rapport à l'investissement, cet API protégeant aussi bien l'investissement que l'investisseur (voir les arts. 4, 5, 6 et 7). En l'espèce, la notion de « controverse » dans l'API Espagne-Chili a été établie dans la SI avec force obligatoire pour les parties (voir les §§8, 84-90 *supra*).

²³⁰ Décision sur la bifurcation, §68, qui renvoi aux §§ 233 et 234 du *Counter-memorial*

²³¹ *Dictionnaire Panhispanique des doutes*, publié par les Académies de la langue Espagnole, mots « *uno -na* »

²³² **Pièce C469**, API Chili-Corée (signé le 16/09/1999), art. 8(2)

²³³ **Pièce C470**, API Chili-Liban (signé le 03/10/1999), art. 8(2)

²³⁴ **Pièce C471**, API Chili-Nouvelle Zélande (signé le 22-07-1999), art. 10(2)

²³⁵ **Pièce C472**, API Chili-Afrique du Sud (signé le 12/11/1998), arts. IX(2) et (3)

²³⁶ **Pièce C473**, API Chili-Turquie (signé le 21/08/1998), arts. XI(2) et (3)

²³⁷ **Pièce C474**, API Viêt-Nam (signé le 16/09/1999) , arts. IX(2) et (3)

En effet, la compétence impérative *ratione temporis* et *ratione materiae* du Tribunal arbitral étant établies aux articles 2(2) et 10(1), respectivement, la volonté des parties (*pacta sunt servanda*) de soumettre les différends à l'arbitrage doit être respectée, le but de ces clauses du traité devant être interprété dans un sens large selon la jurisprudence du Tribunal Fédéral suisse.²³⁸.

137. En l'espèce, sur la base des articles 2(2), 10(1), 10(3) et 10(4) API, de l'article 5 de la Constitution du Chili, du droit conventionnel et coutumier applicable -dont les articles 30 et 31 du Projet d'articles de la CDI sur la responsabilité de l'État pour fait internationalement illicite, et de l'article 31(3)(c) de la Convention de Vienne sur les traités- le **Mémoire** se fonde également sur le droit international coutumier dont celui relatif aux droits de l'homme -en l'espèce, le droit de propriété et les droits de la personne- qui sont, en tout état de cause, pertinents dans l'examen des différends en matière d'investissement soumis au présent Tribunal arbitral.

138. On peut considérer révélateurs à cet égard les termes dans lesquels la Cour Américaine des Droits de l'Homme a appliqué à un décret édicté en 1978, sous la même dictature militaire du Chili, les principes de droit international qui figurent dans la Convention Américaine relative aux Droits de l'Homme entrée en vigueur au Chili le 21 août 1990 :

As to the effectiveness of Decree Law No. 2.191 [du 18 avril 1978], it cannot be claimed that the alleged violation of Article 2 of the American Convention started as a result of the entry of such decree law into force and that, therefore, the Court is not competent to hear this fact. Such violation of Article 2 of the American Convention started (...) at the moment the State ratified the Convention. In other words, the Court is not competent to declare that an alleged violation of Article 2 of the Convention was committed at the moment such decree-law was enacted (1978), nor as regards the effectiveness and enforcement thereof up to August 21, 1990, for until such date the State did not have the duty to adapt its domestic legislation to the standards of the American Convention. Notwithstanding, since that date the Chilean State has had the duty to do so and the Court is competent to declare whether it has complied with it or not (soulignement ajouté).²³⁹

²³⁸ **Pièce C525**, ATF 4A_438/2013 du 27 février 2014: “with an arbitration agreement there is no reason to interpret it restrictively; instead it must be assumed that the parties wanted broad jurisdiction of the Arbitral Tribunal (BGE 138 III 681¹⁷ at 4.4, p. 687; 116 Ia 56 at 3b; each with references)” accessible dans <https://bit.ly/2MfOmOg>

²³⁹ **Pièce C561**, Sentence de la Cour Américaine des Droits de l'Homme *Almonacid-Arellano et al v. Chile*, Judgment of September 26, 2006 (Preliminary Objections, Merits, Reparations and Costs), §50

139. Les controverses relatives à l'investissement soumises à l'arbitrage dans le **Mémoire** portent, entre autre, sur des manquements de l'État du Chili à des obligations internationales contraignantes pour lui conformément à l'article 10(4) *in fine* de l'API²⁴⁰, en particulier

- (1) à la Convention américaine relative aux DD.HH., dont les arts. 1(1)²⁴¹ ; 8(1)²⁴² -accès à un procès juste et équitable, *due process* ; 13²⁴³ -liberté d'expression ; 24²⁴⁴ -égalité devant la loi ; 25²⁴⁵ -accès à un recours effectif ; 21²⁴⁶ -droit de propriété ; 63(1)²⁴⁷ - droit à une réparation intégrale ;

- (2) au Pacte international relatif aux droits civils et politiques, du 16 décembre 1966, dont les articles 2(3)²⁴⁸ et 14(1)²⁴⁹;

²⁴⁰ Voir **Mémoire**, §§131-133, 203, 304, 310, 311, 377, 449 *in fine*, 524. L'État Défendeur affirme quant à lui que « *the only asserted basis for their merits claims is the BIT* », v. *Counter-Memorial*, §267)

²⁴¹ Article 1 : « 1. Les Etats parties s'engagent à respecter les droits et libertés reconnus dans la présente Convention et à en garantir le libre et plein exercice à toute personne relevant de leur compétence, sans aucune distinction fondée sur la race, la couleur, le sexe, la langue, la religion, les opinions politiques ou autres, l'origine nationale ou sociale, la situation économique, la naissance ou toute autre condition sociale »

²⁴² Article 8 : « 1. Toute personne a droit à ce que sa cause soit entendue avec les garanties voulues, dans un délai raisonnable, par un juge ou un tribunal compétent, indépendant et impartial, établi antérieurement par la loi, qui (...) déterminera ses droits et obligations en matière civile ainsi que dans les domaines du travail, de la fiscalité, ou dans tout autre domaine »

²⁴³ Article 13 : « 1. Toute personne a droit à la liberté (...) d'expression; ce droit comprend la liberté de rechercher, de recevoir et de répandre des informations et des idées de toute espèce, (...) que ce soit (...) par écrit, (...) ou par tout autre moyen de son choix. (...) 3. La liberté d'expression ne peut être restreinte par des voies ou des moyens indirects, (...), ou par toute autre mesure visant à entraver la communication et la circulation des idées et des opinions. »

²⁴⁴ Article 24 : « Toutes les personnes sont égales devant la loi. Par conséquent elles ont toutes droit à une protection égale de la loi, sans discrimination d'aucune sorte. »

²⁴⁵ Article 25: « 1. Toute personne a droit à un recours simple et rapide, ou à tout autre recours effectif devant les juges et tribunaux compétents, destiné à la protéger contre tous actes violant ses droits fondamentaux reconnus par la Constitution, par la loi ou par la présente Convention, lors même que ces violations auraient été commises par des personnes agissant dans l'exercice de fonctions officielles. 2. Les Etats parties s'engagent: a. garantir que l'autorité compétente prévue par le système juridique de l'Etat statuera sur les droits de toute personne qui introduit un tel recours; b. à accroître les possibilités de recours judiciaire; c. à garantir que les autorités compétentes exécuteront toute décision prononcée sur le recours »

²⁴⁶ Article 21 : « 1. Toute personne a droit à l'usage et à la jouissance de ses biens. La loi peut subordonner cet usage et cette jouissance à l'intérêt social. 2. Nul ne peut être privé de ses biens, sauf sur paiement d'une juste indemnité, pour raisons d'intérêt public ou d'intérêt social, et dans les cas et selon les formes prévues par la loi »

²⁴⁷ Article 63 : « 1. Lorsqu'elle reconnaît qu'un droit ou une liberté protégés par la présente Convention ont été violés, la Cour ordonnera que soit garantie à la partie lésée la jouissance du droit ou de la liberté enfreints. Elle ordonnera également, le cas échéant, la réparation des conséquences de la mesure ou de la situation à laquelle a donné lieu la violation de ces droits et le paiement d'une juste indemnité à la partie lésée »

²⁴⁸ Article 2(3) : « Les Etats parties au présent Pacte s'engagent à: a) Garantir que toute personne dont les droits et libertés reconnus dans le présent Pacte aurait été violés disposera d'un recours utile, alors même que la violation aurait été commise par des personnes agissant dans l'exercice de leurs fonctions officielles; b) Garantir que l'autorité compétente, judiciaire, administrative ou législative, ou toute autre autorité compétente selon la législation de l'Etat, statuera sur les droits de la personne qui forme le recours et développer les possibilités de recours juridictionnel; c) Garantir la bonne suite donnée par les autorités compétentes à tout recours qui aura été reconnu justifié »

²⁴⁹ Article 14(1) : « 1. Tous sont égaux devant les tribunaux et les cours de justice. Toute personne a droit à ce que sa cause soit entendue équitablement et publiquement par un tribunal compétent, indépendant et impartial,

- (3) à l'Accord d'association entre l'Union Européenne et ses États membres et le Chili.²⁵⁰ Par cet Accord postérieur à l'API et dont fait partie l'Espagne, le Chili s'engage au

« respect tant des principes démocratiques et des droits fondamentaux de la personne humaine définis dans la déclaration universelle des droits de l'homme des Nations unies, que du principe de l'État de droit » (art. 1(1)),

en ce compris les articles de la Déclaration Universelle des DDHH n° 7 (égalité devant la loi et dans l'application de celle-ci), n° 10 (droit, en pleine égalité, à ce que sa cause soit entendue équitablement par un Tribunal indépendant et impartial), n° 12 (ne pas être objet d'atteinte à l'honneur et à la réputation), et n° 17 (droit de propriété) ;

- (4) à la IV Convention de Genève, de 1949 (arts. 33²⁵¹ et 147²⁵²).

140. En effet, s'agissant du droit chilien, l'article 5 de la Constitution accorde aux droits de l'homme la primauté sur la souveraineté et les normes internes du pays:

« L'exercice de la souveraineté reconnaît comme limitation le respect des droits essentiels qui émanent de la nature humaine. C'est un devoir des organes de l'État de respecter et de promouvoir ces droits, garantis par la présente Constitution, de même que par les traités internationaux ratifiés par le Chili et qui se trouveraient en vigueur. »²⁵³

établi par la loi, qui décidera soit du bien-fondé (...) des contestations sur ses droits et obligations de caractère civil. (...) »

²⁵⁰ Pièce C220, Accord d'association entre l'Union Européenne et ses États membres et le Chili, JO L 352 du 30 décembre 2002, accessible dans <http://bit.ly/2uwjfYl>

²⁵¹ Article 33: "Aucune personne protégée ne peut être punie pour une infraction qu'elle n'a pas commise personnellement. Les peines collectives, de même que toute mesure d'intimidation ou de terrorisme, sont interdites. Le pillage est interdit. Les mesures de représailles à l'égard des personnes protégées et de leurs biens sont interdites."

²⁵² Article 147: "Les infractions graves visées à l'article précédent sont celles qui comportent l'un ou l'autre des actes suivants, s'ils sont commis contre des personnes ou des biens protégés par la Convention : (...(...)) la destruction et l'appropriation de biens non justifiées par des nécessités militaires et exécutées sur une grande échelle de façon illicite et arbitraire." Voir les §§141, 139(4) et la nbp n° 254

²⁵³ **Pièce C526e**, Constitution du Chili, article 5: "El ejercicio de la soberanía reconoce como limitación el respeto a los derechos esenciales que emanan de la naturaleza humana. Es deber de los órganos del Estado respetar y promover tales derechos, garantizados por esta Constitución, así como por los tratados internacionales ratificados por Chile y que se encuentren vigentes."

141. La Cour Suprême du Chili applique directement aux actes commis par les autorités de l'État sous le régime militaire (1973-1990)²⁵⁴ les instruments de droit international coutumier interdisant le pillage, la saisie et la confiscation des biens de la population civile.²⁵⁵

142. La jurisprudence de la Cour Suprême a considéré de manière réitérée que la Junte Militaire présidée par le général Pinochet ayant déclaré le 12 septembre 1973 « l'état de guerre » [Décret-loi n° 5, contre la population civile désarmée], dès lors que la IV^{ème} Convention de Genève de 1949 était en vigueur au Chili depuis le 12 octobre 1950 la responsabilité de l'État est engagé pour sa violation.²⁵⁶

143. En ce qui concerne le droit de protection des investissements,

i. la Cour Interaméricaine des Droits de l'Homme, dont la jurisprudence est contraignante pour l'État du Chili, a statué que l'exécution d'un traité de protection des investissements

²⁵⁴ Le droit coutumier international appliqué directement par la Cour Suprême du Chili comprend, en autres, les conventions, normes et résolutions suivantes : Convention Américaine des DDHH (arts. 1(1), 8(1), 21(1), 25), 63(1) ; Statut de CIJ, art. 38 (c) ; Pacte International de droits civils et politiques (arts. 2(3) et 4(1)) ; Conventions de Genève de 1949 (arts. 33 et 147) ; 1er Protocole additionnel aux Conventions de Genève (art. 52) ; Statut du Tribunal de Nüremberg, article 6 ; Déclaration des principes fondamentaux de justice relatifs aux victimes de la criminalité et aux victimes d'abus de pouvoir (arts. 1,3-8, 18), approuvée par la Résolution n° 40/34 de l'Assemblée Générale des NN.UU. de 1985 ; Principes fondamentaux et directives concernant le droit à un recours et à réparation des victimes de violations flagrantes du droit international des droits de l'homme et de violations graves du droit international humanitaire, I(a)(b) et (c), II(c) et (d), IV, V, VII, VIII, IX, XI, approuvés par la Résolution a/res/60/147 de l'Assemblée Générale des NN.UU. de 2005

²⁵⁵ Conformément à la Control Council Law num. 10, les jugements du Tribunal de Nüremberg ont considéré l'appropriation ou la confiscation discriminatoire de la propriété privée comme un crime contre l'humanité, entre autres *USA v Alfred Krupp von Bohlen und Halbach et al. (Krupp)* (IX TWC 1342) ; *USA v Carl Krauch et al. (Farben)* (VIII TWC 1135) ; *USA v Josef Altstoetter et al. (Justice)* (XIV TWC, 710, 746) ; *USA v Oswald Pohl et al. (Pohl)* (V TWC 977-8), ou *USA v Ulrich Greifelt et al. (RuSHA)* (V TWC, 96), accessible dans <https://bit.ly/2MDkRGL> ; de même que la jurisprudence du Tribunal Pénal pour l'ex-Yougoslavie, par exemple *Prosecutor v. Kordić and Čerkez*, Appeals Judgment, du 17 décembre 2004, §78 : “*The prohibition of plunder is general in its application and not limited to occupied territories only. This is confirmed by the fact that Article 33 of Geneva Convention IV is placed in Part III of the Convention, which contains provisions that apply both in occupied territory and anywhere in the territory of a Party to the conflict. Likewise, Article 28 of the Hague Regulations is found in the section dealing with hostilities. The text of the Nuremberg Charter and Control Council Law No.10 also do not require the crime to be committed in occupied territory*”, accessible dans <https://bit.ly/2tiLE2r>

²⁵⁶ Voir les Arrêt de la Cour Suprême cités dans le **Mémoire**, §132, en particulier celui du 18 juillet 2017, **pièce C454e** ; l'article 33 de la IVCG dispose : « ART. 33. — Aucune personne protégée ne peut être punie pour une infraction qu'elle n'a pas commise personnellement. Les peines collectives, de même que toute mesure d'intimidation ou de terrorisme, sont interdites. Le pillage est interdit. Les mesures de représailles à l'égard des personnes protégées et de leurs biens sont interdites » ; article 147 : « ART. 147. — Les infractions graves visées à l'article précédent sont celles qui comportent l'un ou l'autre des actes suivants, s'ils sont commis contre des personnes ou des biens protégés par la Convention : (...) la destruction et l'appropriation de biens non justifiées par des nécessités militaires et exécutées sur une grande échelle de façon illicite et arbitraire. »

“should always be compatible with the American Convention, which is a multilateral treaty on human rights that stands in a class of its own and that genera/es rights for individual human beings and does not depend entirely on reciprocity among States. »²⁵⁷

ii. dans l’affaire *Pey Casado et Fondation Président Allende c. l’État du Chili* la Sentence du CIRDI du 8 mai 2008 a tranché le différend en appliquant le droit humanitaire, en particulier la Convention américaine relative aux droits de l’homme et la jurisprudence de la CEDH²⁵⁸ ;

iii. le Comité *ad hoc* de l’affaire *Tulip v. Turkey* a conclu, en vertu de l’art. 31(3)(c) de la CVT, que les “[p]rovisions in human rights instruments” relatives au droit à un procès équitable étaient pertinentes en l’espèce,

“and any judicial practice thereto are relevant to the interpretation of the concept of a fundamental rule of procedure as used in Article 52(1)(d) of the ICSID Convention. This is not to add obligations extraneous to the ICSID Convention. Rather, resort to authorities stemming from the field of human rights for this purpose is a legitimate method of treaty interpretation”²⁵⁹;

iv. Le Tribunal arbitral de l’affaire *Al-Warraq v. Indonesia* a décidé que les droits articulés dans l’article 14 du PIDCP font partie du traitement juste et équitable et vérifiant s’ils avaient respectés aux fins de compensation a statué que *“the Claimant did not receive fair and equitable treatment as enshrined in the iccpr”²⁶⁰;*

v. Le tribunal dans *Urbaser v. Argentina* a appliqué également l’article 31(3)(c) de la CVT et a conclu que l’API en question *“has to be construed in harmony with other rules of international law of which it forms part, including those relating to human rights”²⁶¹;*

vi. le Tribunal de l’affaire *EDF Int., Saur v. Argentina* a reconnu explicitement que les droits de l’homme constituent une des sources que le Tribunal doit prendre en considération

²⁵⁷ Commission Inter-américaine des DD.HH. (CIADH), *Sawhoyamaya Indigenous Community v. Paraguay*, Judgement (merits, reparation and costs), 29 mars 2006, §140, accessible dans <https://bit.ly/1QDTIjv>

²⁵⁸ **Pièce C14**, Sentence arbitrale initiale, §§267, 269, 271, 313-315, 609, 610, 662, 665-674, nbp 580

²⁵⁹ **Pièce C488**, *Tulip Real Estate and Development Netherlands v. Turkey*, ICSID Case No. ARB/11/28, decision on annulment, 30 Decembre 2015, §§86, 87, 91, 92, 146, 152, 153.

²⁶⁰ **Pièce C491**, *Al-Warraq v. Indonesia, UNCITRAL, Award*, 15 Decembre 2014, §§556 et ss.

²⁶¹ **Pièce C490**, *Urbaser S.A. and Consorcio de Aguas Bilbao Bizkaia Ur Partzuergoa v. Argentine*, ICSID/ARB/07/26, Award, 8 décembre 2016, §§1182, 1189, 1192, 1205, 1193

lors de l'analyse de la controverse²⁶² dès lors qu'ils faisaient partie du système légal interne et des principes généraux du droit :

vii. ou le Tribunal de l'affaire *Toto Costruzioni Generali v. Lebanon*:

Lebanon is a party to the ICCPR, Article 14.1 which requires the right to a fair hearing (...) ²⁶³;

viii. ou dans l'affaire *Chevron Co. et Texaco c. Equateur*²⁶⁴

ix. les professeurs Reiner et Schreuer résument la doctrine qualifiée en la matière :

*[i]t depends on the choice of law provisions whether human rights norms of international or domestic law will be applicable to the case. Numerous bits contain composite choice of law clauses, typically including treaty rules, host state law, and customary international law. Under these provisions, human rights, as a component of international law, are part of the applicable law”.*²⁶⁵

144. Sur ces droits, qui ne sont pas dispositifs mais contraignants (*cogens*), ne saurait prévaloir aucun traité, aucun principe de droit international coutumier, aucune pratique ni acte unilatéral. L'infraction à ces normes contraignantes entraîne la responsabilité internationale de l'État et l'obligation *erga omnes* d'y porter remède selon la Commission de Droit International des NN.UU.²⁶⁶

145. Le présent Tribunal arbitral est par conséquent dans l'obligation d'appliquer les normes citées dans le cas d'espèce, conformément aux articles 10(4) et 10(1) de l'API, à l'article 5 de la Constitution du Chili, aux articles 26, 31(3)(c) et 64 de la Convention de Vienne sur le droit des traités et les autres traités cités en vigueur au Chili.

²⁶² **Pièce C287bis**, §909 :” *It is common ground that the Tribunal should be sensitive to international jus cogens norms, including basic principles of human rights. As defined by Article 53 of the Vienna Convention, such norms include standards —accepted and recognized by the international community of States as a whole as a norm from which no derogation is permitted.*”

²⁶³ **Pièce C487**, *Toto Costruzioni Generali v. Lebanon*, ICSID Case No. ARB/07/12, Decision on jurisdiction, 11 Sept. 2009, §158 - 160

²⁶⁴ PCA Case num. 2009-23, Second Partial Award on Track II, 30 août 2018, §§3.1, 8.57, accessible dans <https://bit.ly/2xkmnYH>

²⁶⁵ **Pièce C490**, Reiner (C.)- Schreuer (Ch.), *Human Rights and Intern. Inv. Arbitration*, publié dans Dupuy (P.M)- Petersman (E.U.)- Francioni (F.), Eds., *Human Rights in International Investment Law and Arbitration*, Oxford, International Economic Law Series, 2009, page 84

²⁶⁶ Voir la section “*Consequences of peremptory norms of general international law (jus cogens) for the law of State responsibility*” dans **Third report on peremptory norms of general international law (jus cogens) by Dire Tladi, Special Rapporteur**, Commission de Droit International, Geneva, 30 Avril–1 Juin et 2 Juillet–10 Août 2018, UN, General Assembly, A/CN.4/714, page 29 et ss, et §§139-141, 149, accessible dans <https://bit.ly/2twXXsN>

146. D'autre part, comme il a été étayé au long du **Mémoire**²⁶⁷, les différends soumis au présent Tribunal sous les règles de la CNUDCI ont des causes et des objet postérieurs à la date critique du 3 novembre 1997 ; il sont également différents de la dispute née en 1995 que la SI de 2008 avait déclaré - dans le cadre factuel et légal dans lequel le Tribunal a été contraint de statuer, du fait du déni de justice imposé par l'État - **hors sa compétence** *ratione temporis*.²⁶⁸

147. En outre, il est conforme à l'API Espagne-Chili que même si les parties, la cause et l'objet des différends soumis au présent Tribunal international CNUDCI étaient les mêmes - **quod non**- que ceux que les deux Tribunaux CIRDI ont déclaré hors leur compétence, il pourrait toujours être conclu qu'en l'absence de *lis pendens* et *res iudicata* à l'égard de ces différends, ni l'API Espagne-Chili ne traite d'une telle situation ni le Chili ou l'Espagne n'ont envisagé à ce jour de modifier l'API à ce sujet voire de le considérer dans le cadre d'accords multilatéraux de protection des investissements.

148. Dans les circonstances du présent cas il serait utile de prendre en compte qu'une rédaction identique à celle des articles 10 et 9 de l'API Espagne-Chili figure dans les articles 8 et 11 de l'API France-Argentine²⁶⁹, que le Tribunal arbitral de l'affaire *Vivendi c. Argentine*²⁷⁰ a interprété et appliqué dans les termes suivants :

²⁶⁷ Voir notamment la section III

²⁶⁸ **Pièce C14**, SI, §§601-603, 605, 608, 620

²⁶⁹ **Pièce C527**, Article 8 de l'**API France-Argentine** (en vigueur depuis le 03/03/1993): version française : « *Tout différend relatif aux investissements, au sens du présent Accord, entre l'une des Parties contractantes et un investisseur de l'autre Partie contractante est, autant que possible, réglé à l'amiable entre les deux Parties concernées. (...) 3. En cas de recours à l'arbitrage international, le différend peut être porté devant l'un des organes d'arbitrage désignés ci-après, au choix de l'investisseur : - au ... C.I.R.D.I. ; - a un tribunal d'arbitrage ad hoc établi selon les règles d'arbitrage de la Commission des Nations Unies pour le droit commercial international (C.N.U.D.C.J.).* » . Version en espagnol: "Toda controversia relativa a las inversiones, en el sentido del presente Acuerdo, entre una Parte Contratante y un inversor de la otra Parte Contratante será, en la medida de lo posible, solucionada por consultas amistosas entre las dos partes en la controversia. 2. Si la controversia no hubiera podido ser solucionada en el término de seis meses a partir del momento en que hubiera sido planteada por una u otra de las partes, será sometida, a pedido del inversor: o bien a las jurisdicciones nacionales de la Parte Contratante implicada en la controversia; o bien al arbitraje internacional en las condiciones descritas en el párrafo 3. Una vez que un inversor haya sometido la controversia a las jurisdicciones de la Parte Contratante implicada o al arbitraje internacional, la elección de uno u otro de esos procedimientos será definitiva. 3. En caso de recurso al arbitraje internacional, la controversia podrá ser llevada ante uno de los órganos de arbitraje designados a continuación a elección del inversor: - al Centro Internacional de Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones (C.I.A.D.I.), creado por el "Convenio sobre Arreglo de Diferencias relativas a las Inversiones entre Estados y nacionales de otros Estados", abierto a la firma en Washington el 18 de marzo de 1965, cuando cada Estado parte en el presente Acuerdo haya adherido a aquél. Mientras esta condición no se cumpla, cada Parte Contratante da su consentimiento para que la controversia sea sometida al arbitraje conforme con el reglamento del Mecanismo complementario del C.I.A.D.I.; - a un tribunal de arbitraje "ad-hoc" establecido de acuerdo con las Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional (C.N.U.D.M.I.)."

²⁷⁰ **Pièce C528**, *Vivendi Universal v. Argentine*, Decision on Annulment (M. Yves Fortier, Prof. James R. Crawford, Prof. J.C. Fernández Rozas), 3 Juillet 2002, Case No. ARB/97/3, §55

“Article 8 deals generally with disputes “relating to investments made under this Agreement between one Contracting Party and an investor of the other Contracting Party.” (...)

Article 8 does not use a narrower formulation, requiring that the investor’s claim allege a breach of the BIT itself.

Read literally, the requirements for arbitral jurisdiction in Article 8 do not necessitate that the Claimant allege a breach of the BIT itself: it is sufficient that the dispute relate to an investment made under the BIT. This may be contrasted, for example, with Article 11 of the BIT, which refers to disputes “concerning the interpretation or application of this Agreement,” [Soulignement ajouté].

149. Les Demanderesses considèrent que cette interprétation du Tribunal *Vivendi* est conforme au texte même de l’API et aux règles de l’article 31 de la Convention de Vienne sur les Traités et, en conséquence, qu’elle aide à bien saisir le sens et la portée de l’article 10 de l’API Espagne-Chili dont la rédaction littérale et le contexte sont identiques.

Le choix du for relève de l’investisseur. Le Chili a consenti à la compétence du Tribunal sous les Règles de la CNUDCI de manière explicite, anticipée, obligatoire et irrévocable

150. L’Article 10(3) dispose .:

« En cas de recours à l’arbitrage international la controverse pourra être portée devant l’un des organes d’arbitrage désignés ci-après au choix de l’investisseur:

Au Centre International pour le Règlement des Différends aux Investissements (CIRDI)...

A une Cour d’arbitrage « ad hoc » établie en accord avec les règles d’arbitrage de la Commission des Nations Unies pour le Droit Commercial International (CNUDMI). »²⁷¹

151. Une des images virtuelles créées par l’État Défendeur qui dénaturent le **Mémoire** attribue aux Demanderesses ce que celles-ci n’ont pas affirmé, à savoir la

²⁷¹ Le Chili a accepté l’arbitrage sous les règles de la CNUDCI dans les API signés avec Autriche (**pièce C529**), Espagne (**pièce C6**), Grèce, Islande, Italie, Tchéquie (**pièce 530**), Suisse (**pièce 531**), Australie (**pièce 532**), Argentine (**pièce C533e**), Bolivie (**pièce C534**), Cuba et Uruguay, tous en vigueur depuis les 22/10/2000, 29/03/1994, 27/10/2002, 12/08/2006, 08/02/1995, 05/10/1996, 02/05/2002, 18/11/1999, 01/01/1995, 21/07/1999, 30/09/2000 et 18/03/2012, respectivement

« assertion that the parties in this case opted out of the ICSID Exclusivity Rule by means of Article 10(3) of the BIT”, “Claimants fail to confront the text of Article 10(3) and its implications”, “the SGS decision does not support Claimants’ proposition.”²⁷²

Bien au contraire, les Demanderesses soutiennent qu’une interprétation de l’article 10(3) de l’API qui serait conforme aux articles 31²⁷³ et 32²⁷⁴ de la Convention de Vienne de 1969 devrait conclure, en résumé²⁷⁵ :

- i. Qu’il ne peut être ajouté à cet article de l’API Espagne-Chili une condition alternative, disjonctive ou autre, inexistante à l’égard de l’accès au tribunal établi conformément aux règles d’arbitrage de la CNUDCI²⁷⁶ ;
- ii. Que, comme les Demanderesses l’ont étayé dans les §§ 244, 246, 282, 284 à 289, 298, du **Mémoire** (que l’État n’a pas réfutés), l’article 10(3) de l’API n’établit pas de *fork in the road*, à la différence de ce que dispose l’article 10(2) ;
- ii. Que la SR du CIRDI a tranché que les questions surgies entre les parties après le 3 novembre 1997 étaient hors sa compétence²⁷⁷ ;
- iii. Que les arguments que soumettent les Demanderesses dans leur **Mémoire** sont conformes, également, à ceux de la doctrine qualifiée à laquelle renvoient le §244, à savoir à une étude du prof. Ratner dans l’affaire *Murphy Exploration v. Ecuador*²⁷⁸, et les §§282, 283, 284, à savoir à des considérations du prof. Schreuer, que l’État du Chili prétend contredire sans fondement;
- iv. Que les §§230-232 du *Counter-Memorial* manipulent le §283 du **Mémoire**, dont le renvoi à l’affaire *SGS v. Philippines* est relatif à la portée générale de l’article 26 de la Convention du CIRDI et aux travaux préparatoires de celle-ci.²⁷⁹

²⁷² **Counter-Memorial**, §§230-232, 198, 222, 223, 279-283, 301, 304

²⁷³ Article 31 : voir nbp *supra* 6

²⁷⁴ Article 32: voir nbp *supra* 7

²⁷⁵ Observations des Demanderesses le 7 juin 2018 aux §§230-232 du *Counter-Memorial* de la Défenderesse

²⁷⁶ Voir le §246 du **Mémoire**

²⁷⁷ **Pièce C39**, Sentence du 13 septembre 2016, §§216 et 244 *in fine*. Voir le tableau dans le §10(2) *supra*

²⁷⁸ **Pièce C425**, Opinion du Prof. Steven R. Ratner, du 15 mars 2013, accessible dans <http://bit.ly/2hhqKLU>

²⁷⁹ **Pièce C217**, *SGS v. Philippines*, Decision on Objections to Jurisdiction, ICSID Case N° ARB/02/6, §50 : [t]he Philippines have consented to ICSID arbitration as one of the available means of dispute resolution and the final decision as to whether ... ICSID arbitration supersedes [the contract's forum-selection clause]

152. D'autre part, l'interprétation que l'État Défendeur fait de l'article 10(3) de l'API dans le §234 du *Counter-Memorial* appelle les observations suivantes :

a) Les différends soumis à l'arbitrage sous les règles de la CNUDCI sont postérieurs et leur *causa petendi* et leur objet sont différents de ceux sur lesquels le Tribunal du CIRDI s'est déclaré compétent et a tranché avec l'autorité de la chose jugée.

b) L'État du Chili, dont la langue officielle est l'espagnol, a bâti une image virtuelle en vue de démontrer « *that in Spanish, the sole meaning of the word “uno” is “one”* », dans l'acception anglaise d'un numéral.²⁸⁰

Faudrait-il démontrer que le mot “*uno*” (du latin *unus*) est également un article indéfini en espagnol comme dans toute autre langue latine dans des phrases telles que « **un** tel propos ... c'est d'**une** bêtise... », « on nous en raconte **une** bien bonne... », « **un** peu de calme, ni **l'un** ni l'autre ! » ;²⁸¹

c) De même, les articles définis en espagnol « *el* » et « *la* » (en français, « le » et « la ») devant un nom générique (« *l'un des auteurs les plus célèbres de ce temps* », Balzac) sont inclusifs, ne désignant pas une unité excluant la pluralité (le chien est un mammifère ; le citoyen est titulaire de droits), mais singularisent plutôt telle catégorie par rapport à d'autres, ou par rapport à une généralité indistincte.

d) Tel est précisément le cas dans les arts. 10(4) et 10(6) de l'API «**el** *órgano arbitral* » (l'organe arbitral) », « **el** *derecho de la Parte* » (le droit de **la** Partie), « **la** *controversia* » (**la** controverse), « **la** *inversión* » (**l'**investissement), « **la** *materia* » (**la** matière), « **el** *arbitraje* » (« **l'**arbitrage »), « **el** *laudo* » (**la** décision du Tribunal arbitral), « **la** *sentencia del tribunal* » (**l'**arrêt **du** Tribunal ordinaire).

e) En outre, ces références figurant dans les arts. 10(4) et 10(6) de l'API n'ont pas d'incidence sur le fait consistant en une absence totale de *fork in the road* dans l'article 10(3)

²⁸⁰ *Counter-Memorial*, §234: “*Claimants know full well that in Spanish, the sole meaning of the word “uno” is “one” (and not also “an,” as in the French “un”). Accordingly the phrase “uno de los” in Spanish has only one meaning — “one of the” — and none other.*” Selon le Dictionnaire Panhispanique des doutes, « **uno -na**. Puede ser **un indefinido** (1) o un numeral cardinal (2)” (soulignement ajouté, **pièce C468**, accessible dans <http://lema.rae.es/dpd/?key=uno>

²⁸¹ Voir les dictionnaires Littré et Larousse dans les **pièces C582** et **C583**, respectivement

Invocation du standard de la Nation la Plus Favorisée

153. Le champ d'application du standard de la clause NPF, interprétée conformément à l'article 31 du Traité de Vienne sur les Traités et le principe *eiusdem generis* de l'article 4 de l'API Espagne-Chili, comprend la solution des différends entre l'État hôte et les investisseurs.²⁸²

154. Une clause NPF dont la rédaction est similaire à celle de l'API Espagne-Chili a été étudiée, appliquée et acceptée par l'État du Chili dans l'affaire *MTD v. Chile*²⁸³, dans les termes suivants :

“The Tribunal has concluded that, under the BIT, the fair and equitable standard of treatment has to be interpreted in the manner most conducive to fulfill the objective of the BIT to protect investments and create conditions favorable to investments. The Tribunal considers that to include as part of the protections of the BIT those included in Article 3(1) of the Denmark BIT²⁸⁴ and Article 3(3) and (4) of the Croatia BIT²⁸⁵ is in consonance with this purpose. The

²⁸² Voir **pièce C535**, *National Grid v. Argentina*, UNCITRAL, Decision on Jurisdiction, Juin 20, 2006.; **pièce C536**, *Siemens A.G. v. Argentine Republic*, ICSID Case No. ARB/02/8, Decision on Jurisdiction, Aug. 3, 2004, ¶ 81; **pièce C537e**, *Camuzzi v. Argentina*, ICSID Case No. ARB/03/7, Decision on Jurisdiction, Juin 10, 2005; **pièce C538**, *Gas Natural v. Argentina*, ICSID Case No. ARB/03/10, Decision on Jurisdiction, Juin 17, 2005; **pièce C539**, *Suez v. Argentina*, ICSID Case No. ARB/03/17, Decision on Jurisdiction, Mai 16, 2006; **pièce C221**, *Impregilo S.p.A. v. Argentine Republic*, ICSID Case No. ARB/07/17, Juin 21, 2011

²⁸³ **Pièce C132**, *MTD v. Chili*, ¶ 104. L'article 3(1) de l'API Chili-Malaisie dispose : “Investments made by investors of either Contracting Party in the territory of the other Contracting Party shall receive treatment which is fair and equitable, and not less favourable than that accorded to investments made by investors of any third State” («Las inversiones hechas por los inversionistas de cualquiera de las Partes Contratantes en el territorio de la otra Parte Contratante recibirán un tratamiento justo y equitativo, y no menos favorable que aquel concedido a las inversiones hechas por los inversionistas de cualquier tercer Estado»), **pièce C135**

²⁸⁴ **Pièce C133**, API Chili- Danemark, **article 3**: “**Protection and Treatment.** (...) Each Contracting Party shall observe any obligation it may have entered into with regard to investments of investors of the other Contracting Party.”; **article 4**: “**Exceptions.** The provisions of this Agreement relative to the granting treatment not less favourable than that accorded to the investors of either Contracting Party or of any third State shall not be construed so as to oblige one Contracting Party to extend to the investors of the other Contracting Party the benefit of any treatment, preference or privilege resulting from: (a) any existing or future customs union, regional economic organisations, or similar international agreement to which either of the Contracting Parties is or may become a party, or (b) any international agreement en arrangement relating wholly or mainly to taxation or any domestic legislation relating wholly or mainly to taxation.”

²⁸⁵ **Pièce C540**, API Chili- Croatie du 28 novembre 1994, **article 3**, “**Promotion and Protection of Investments.** (1) Each Contracting Party shall, in its territory, subject to its general policy in the field of foreign investments, promote investments by investors of the other Contracting Party and admit such investments in accordance with its laws and regulations. (2) When a Contracting Party have admitted an investment in its territory, it shall grant the necessary permits in accordance with its laws and regulations. Each Contracting Party shall, whenever needed, endeavour to issue the necessary authorisations concerning the activities of consultants and other qualified persons of foreign nationality” ; **article 4** : “**Treatment of Investments.** (1) Each Contracting Party shall extend fair and equitable treatment to investments made by investors of the other Contracting Party on its territory and shall ensure that the exercise of the right thus recognized shall be

Tribunal is further convinced of this conclusion by the fact that the exclusions in the MFN clause relate to tax treatment and regional cooperation, matters alien to the BIT but that, because of the general nature of the MFN clause, the Contracting Parties considered it prudent to exclude. A contrario sensu, other matters that can be construed to be part of the fair and equitable treatment of investors would be covered by the clause.” (Soulignement ajouté).

155. Lorsqu’à la différence de l’API Espagne-Chili, la clause de la NPF ne prévoit pas explicitement son application à la solution des différends, nombreux sont les tribunaux arbitraux à conclure également que

*“[a]n investor’s entitlement to resort to arbitration under a BIT must be construed as an integral part of the treatment accorded to [the investor].”*²⁸⁶ [Soulignement ajouté]

156. Afin d’éviter les déformations que vise à créer la Défenderesse, les Demanderesses invoqueront -par le biais de l’article 10(4) de l’API²⁸⁷, interprété conformément à l’article 31 de la Convention de Vienne de 1969 relative à l’interprétation des traités, à la jurisprudence arbitrale²⁸⁸ et à la doctrine qualifiée²⁸⁹- les termes clairement impératifs du standard de la clause de la Nation

hindered in practice. (2) A Contracting Party shall accord investments of the investors of one Contracting Party in its territory a treatment which is no less favourable than that accorded to investments made by its own investors or by investors of any third country, whichever is the most favourable.”

²⁸⁶ Voir dans le même sens : **pièce C222**, *AWG Group Ltd. v. Argentina*, UNCITRAL, Decision on Jurisdiction, 3 Août 2006, ¶ 57-61; **pièce C541**, *Le Chèque Déjeuner and C.D Holding Internationale v. Hungary*, ICSID Case No. ARB/13/35, Decision on Preliminary Issues of Jurisdiction, 3 Mars 2016, ¶ 193; **pièce C538**, *Gas Natural SDG, SA v. Argentina*, ICSID Case No. ARB/03/10, Decision on Preliminary Questions on Jurisdiction, 17 Juin 2005, ¶ 29, 31, 49; **pièce C536**, *Siemens A.G. v. Argentina*, ICSID Case No. ARB/02/8, Decision on Jurisdiction, 3 Août 2004, ¶ 102; *Suez, Sociedad General de Aguas de Barcelona, S.A. and Interaguas Servicios Integrales de Agua, S.A. v. Argentina*, ICSID Case No. ARB/03/17, Decision on Jurisdiction, 16 Mai 2006, ¶ 56-59; **pièce C539**, *Suez, Sociedad General de Aguas de Barcelona, S.A. and Vivendi Universal, S.A. v. Argentine Republic*, ICSID Case No. ARB/03/19, Decision on Jurisdiction, 3 Août 2006, §-94-103

²⁸⁷ **Pièce C6**, API Espagne-Chili, Article 4(2) : «*Ce traitement ne sera pas moins favorable que celui accordé par chaque Partie aux investissements réalisés dans son territoire par des investisseurs d’un pays tiers* »

²⁸⁸ **Pièce C132**, *MTD Equity Sdn. Bhd. and MTD Chile S.A. v. Republic of Chile*, ICSID Case No. ARB/01/7, Award, Mai 25, 2004, ¶¶100-104; **pièce C321**, *Bayindir Insaat Turizm Ticaret Ve Sanayi A.S. v. Islamic Republic of Pakistan*, ICSID Case No. ARB/03/29, Award, Août 27, 2009, ¶¶ 157-160 ;

RosInvest v Russia, Award on jurisdiction, Octobre 2007, §139; *Garanti Koza v Turkmenistan*, Decision On The Objection To Jurisdiction For Lack Of Consent, Juillet 3, 2013, pages 20-32; *Venezuela US v Venezuela*, Interim Award On Jurisdiction (On The Respondent’s Objection To Jurisdiction Ratione Voluntatis), 26 Juillet 2016, §§100-104; *Emilio Agustín Maffezini v. The Kingdom of Spain*, ICSID Case No. ARB/97/7, Decision of the Tribunal on Objection to Jurisdiction, Janvier 25, 2000, ¶¶54-64; *Siemens A.G. v. Argentine Republic*, ICSID Case No. ARB/02/8, Decision on Jurisdiction of Août 3, 2004, ¶¶102-105; *Camuzzi International S.A. v. Argentine Republic*, ICSID Case No. ARB/03/7, Decisión del Tribunal de Arbitraje sobre Excepciones a la Jurisdicción, Juin 10, 2005, ¶¶16-17; *Gas Natural SDG, S.A. v. Argentine Republic*, ICSID Case No. ARB/03/10, Decision of the Tribunal on Preliminary Questions on Jurisdiction, Juin 17, 2005, ¶¶29-31; *Suez and Interagua v. Argentina*, ¶¶52-66; *National Grid v. Argentina*, ¶¶79-94; *Suez and Vivendi v. Argentina*, ¶¶52-68; *RosInvestCo U.K. Ltd. v. The Russian Federation*, SCC Case No. V079/2005, Award on Jurisdiction, Octobre 1, 2007, ¶¶124-139; *Impregilo S.p.A. v. Argentine Republic*, ICSID Case No. ARB/07/17, Award, Juin 21, 2011, ¶¶79-108; *Hochtief AG v. Argentine Republic*, ICSID Case No. ARB/07/31, Decision on Jurisdiction, Octobre 24, 2011, ¶¶59-75; *Teinver v Argentina*, ¶¶59-186

²⁸⁹ C. Schreuer et al., *The ICSID Convention – A Commentary*, Cambridge University Press, 2nd ed., 2009, p.

la Plus Favorisée en vue d'appliquer en l'espèce le **consentement explicite, anticipé, obligatoire et irrévocable**, que l'État chilien a donné à l'arbitrage international sous les Règles de la CNUDCI dans l'article 9(4) de l'API Chili-Suisse et l'article 9(3) de l'API Chili-Autriche²⁹⁰ dès lors que l'investisseur a fait le choix de cette juridiction selon les termes ci-après.

A) API Chili-Suisse, article 9. Différends entre une Partie contractante et un investisseur de l'autre Partie contractante²⁹¹

<p>(2) Si ces consultations n'apportent pas de solution dans les six mois à compter de la demande de les engager, l'investisseur pourra soumettre le différend soit à la juridiction nationale de la Partie contractante sur le territoire de laquelle l'investissement a été effectué, soit à l'arbitrage international. Dans ce dernier cas, l'investisseur aura le choix entre:</p> <p>(a) le Centre international pour le règlement des différends relatifs aux investissements (CIRDI), institué par la Convention pour le règlement des différends relatifs aux investissements entre États et ressortissants d'autres États ouverte à la signature à Washington le 18 mars 1965;</p> <p>et</p>	<p>(2) If these consultations do not result in a solution within six months from the date of request for settlement, the investor may submit the dispute either to the national jurisdiction of the Contracting Party in whose territory the investment has been made or to international arbitration. In the latter event the investor has the choice between</p> <p>(a) the International Centre for Settlement of Investment Disputes (I.C.S.I.D.) instituted by the Convention on the settlement of investment disputes between States and nationals of other States, opened for signature at Washington, on 18 March 1965;</p>	<p>2. Si estas consultas no permitieran solucionar la controversia en un plazo de seis meses a partir del momento de la reclamación, el inversionista podrá someter la controversia a la jurisdicción nacional de la Parte Contratante en cuyo territorio se efectuó la inversión o a arbitraje internacional. En este último caso el inversionista puede elegir entre :</p> <p>a) al Centro Internacional de Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones (C.I.A.D.I.), creado por el Convenio de Washington de 18 de marzo de 1965, sobre arreglo de diferencias relativas a las inversiones</p>
--	---	--

248: "An MFN clause is not a rule of interpretation that comes into play only where the wording of the basic treaty leaves room for doubt. It is intended to endow its beneficiary with **rights that are additional to the rights contained in the basic treaty**. The meaning of an MFN clause is that whoever is entitled to rely on it be granted rights accruing from a third party treaty even if these rights clearly go beyond the basic treaty" (soulignement ajouté)

²⁹⁰ Les API Chili-Espagne (art. 4(2), Chili-Suisse (art. 4(2)) et Suisse-Autriche (art. 3(2)) placent la clause NPF dans l'article relatif au traitement

²⁹¹ **Pièces C531f, C531e, C531a**, API Chili-Suisse en français, espagnol et anglais, signé le 24-09-1999, entré en vigueur le 02-05-2002

<p><i>(b) un tribunal arbitral ad hoc qui, à moins que les parties au différend n'en conviennent autrement, sera constitué conformément au règlement d'arbitrage de la Commission des Nations Unies pour le droit commercial international (CNUDCI).</i></p> <p><i>(4) Chaque Partie contractante <u>consent à soumettre à l'arbitrage international tout différend relatif à un investissement.</u></i></p> <p>[Soulignement ajouté]</p>	<p><i>(b) ad hoc arbitral tribunal which unless otherwise agreed upon by the parties to the dispute shall be established under the arbitration rules of the United Nations Commission on International Trade Law (U.N.C.I.T.R.A.L.)</i></p> <p><i>(4) Each Contracting Party <u>hereby consents to the submission of an investment dispute to international arbitration.</u></i></p>	<p><i>entre Estados y nacionales de otros Estados</i></p> <p><i>b) a un tribunal de arbitraje "ad hoc" establecido, salvo acuerdo contrario de las partes, en conformidad con las reglas de arbitraje de la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional (C.N.U.D.M.I.).</i></p> <p><i>4. Por este acto las Partes Contratantes <u>consienten en someter a arbitraje internacional las controversias relativas a inversiones.</u></i></p>
--	--	---

On remarquera que la version co-officielle en français de cet article 9(2) emploie la conjonction copulative « *et* », de même qu'en est absent l'article indéfini « *l'un* » introduisant la liste des fora accessibles qui figure dans la rédaction de l'article 10(3) de l'API Espagne-Chili.

B) API Chili-Autriche. Article 9. Settlement of Disputes between a Contracting Party and an Investor of the other Contracting Party²⁹²

<p><i>2. Si mediante dichas consultas no se llegare a una solución dentro de tres meses a contar de la fecha de solicitud de arreglo, el inversionista podrá someter la diferencia:</i></p>	<p><i>(2) If these consultations do not result in a solution within three months from the date of request for settlement, the investor may submit the dispute either:</i></p>
---	---

²⁹² **Pièces C529a et C529e**, API Chili-Autriche en anglais et espagnol, respectivement, signé le 08-09-1997, entré en vigueur le 22-10-2000

<p>a) al tribunal competente de la Parte Contratante en cuyo territorio se efectuó la inversión; o</p> <p>b) a arbitraje internacional del Centro Internacional de Arreglo de Diferencias relativas a Inversiones (CIADI), creado por la Convención para el Arreglo de Diferencias relativas a Inversiones entre Estados y Nacionales de otros Estados, abierta para firma en Washington, D.C., el 18 de marzo de 1965;</p> <p>c) a arbitraje por parte de tres árbitros en conformidad con las normas de arbitraje de la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional (UNCITRAL), según dichas normas hubieran sido modificadas por la última modificación aceptada por ambas Partes Contratantes a la fecha de presentar la solicitud para iniciar el proceso de arbitraje.</p> <p>3. En los casos contemplados en las subcláusulas b y c precedentes, cada Parte Contratante, <u>por el presente Acuerdo consiente irrevocablemente en forma anticipada</u>, incluso en ausencia de un acuerdo arbitral individual entre la Parte Contratante y el inversionista, en someter cualquier diferencia de este tipo al tribunal arbitral respectivo. Ninguna de las Partes Contratantes solicitará el agotamiento de recursos administrativos o jurídicos internos como condición para volver al arbitraje internacional.</p>	<p>(a) to the competent tribunal of the Contracting Party in whose territory the investment was made; or</p> <p>(b) to international arbitration of the International Centre for Settlement of Investment Disputes (ICSID), created by the Convention on the Settlement of Investment Disputes between States and Nationals of other States and opened for signature in Washington on March 18, 1965; or</p> <p>(c) to arbitration by three arbitrators in accordance with the UNCITRAL arbitration rules, as amended by the last amendment accepted by both Contracting Parties at the time of the request for initiation of the arbitration procedure.</p> <p>(3) In the cases referred to in subparagraphs (b) and (c) above, <u>each Contracting Party by this Agreement irrevocably consents in advance</u>, even in the absence of an individual arbitral agreement between the Contracting Party and the investor, to submit any such dispute to the corresponding arbitral tribunal. None of the Contracting Parties shall request the exhaustion of internal administrative or juridical remedies as a condition for reverting to international arbitration.</p> <p>[Soulignement ajouté]</p>
--	--

157. Conclusions :

- i. Conformément à une interprétation littérale et contextuelle de l'article 10(3) de l'API aucun différend surgi entre les parties n'a été soumis à la fois à l'arbitrage CIRDI et sous les règles de la CNUDCI.
- ii. Le choix du for relève de l'investisseur.

- iii. En l'espèce, le Chili a consenti à la compétence du Tribunal sous les Règles de la CNUDCI de manière explicite, anticipée, obligatoire et irrévocable
- iv. L'argument de l'État Défendeur contre la compétence du Tribunal arbitral n'a pas de fondement.

**

IV.3. ARGUMENT N° 3 :

« Le troisième argument de la Défenderesse consiste à affirmer qu'aux termes de l'article 53(1) de la Convention CIRDI et de l'article 10(5) de l'API, une sentence CIRDI, une fois rendue, est définitive et contraignante pour les parties et n'est pas susceptible d'appel. »²⁹³

158. Il a été répondu à cet argument dans le **Mémoire** (§§10-13) et dans les Observations additionnelles du 7 juin 2018²⁹⁴, que l'on réitère ici et que l'on développe ci-après.

L'intention d'opposer les articles 10(5) de l'API et 53(1) de la Convention du CIRDI n'a pas d'ancrage en l'espèce.

159. Il ne fait pas de doute que, conformément aux articles 10(5) de l'API Espagne-Chili²⁹⁵ et 53(1) et 53(2) de la Convention du CIRDI²⁹⁶, la Sentence arbitrale du 8 mai 2008²⁹⁷, la Décision du Comité *ad hoc* du 18 décembre 2012²⁹⁸ et la Sentence arbitrale du 13 septembre 2016²⁹⁹ sont obligatoires pour toutes les parties à la présente procédure.

²⁹³ Décision sur la bifurcation, §69, qui renvoi au §235 du *Counter-Memorial*

²⁹⁴ §§8, 12, 16, 17, 22, 23, 23(3), 24, X(1)

²⁹⁵ **Pièce C6**, API Espagne-Chili, article 10(5) : « les sentences arbitrales seront définitives et contraignantes pour les parties à la controverse »

²⁹⁶ Article 32: "(1) La sentence est obligatoire à l'égard des parties et ne peut être l'objet d'aucun appel ou autre recours, à l'exception de ceux prévus à la présente Convention. Chaque partie doit donner effet à la sentence conformément à ses termes, sauf si l'exécution en est suspendue en vertu des dispositions de la présente Convention. (2) Aux fins de la présente section, une « sentence » inclut toute décision concernant l'interprétation, la révision ou l'annulation de la sentence prise en vertu des articles 50, 51 ou 52. »

²⁹⁷ **Pièce C14**

²⁹⁸ **Pièce C15**

²⁹⁹ **Pièce C39**,

160. Il n'est pas contestable non plus que le Tribunal Fédéral Suisse a affirmé qu'une sentence arbitrale prononcée en application d'un API et de l'article 53(1) de la Convention CIRDI doit être définitive et obligatoire pour les parties, le remède de l'annulation étant celui prévu dans cette Convention.³⁰⁰

161. Les Demanderesses ont fondé précisément sur l'article 10(5) de l'API et les articles 53(1) et (2) de la Convention du CIRDI leur Notification d'arbitrage du 12 avril 2017³⁰¹, et leur **Mémoire**³⁰².

Leur prémisses est la nature obligatoire pour les parties et l'autorité de la chose jugée des Sentences arbitrales de 2008 et 2016 et de la Décisions du 1^{er} Comité *ad hoc* du 18 décembre 2012.

162. La Décision du 2^{ème} Comité *ad hoc* du CIRDI du 15 mars 2018 a confirmé que les Demanderesses considèrent obligatoire la SR.³⁰³

163. Par conséquent, la prétention de la Défenderesse d'opposer l'article 53(1) de la Convention du CIRDI et l'article 10(5) de l'API à la compétence du présent Tribunal arbitral n'a pas d'ancrage en l'espèce.

**

V. RÉFUTATION DES QUATRE EXCEPTIONS D'INCOMPÉTENCE BIFURQUÉES SELON LA DÉCISION DU TRIBUNAL ARBITRAL DU 26 JUIN 2018

164. Il sera répondu à ces exceptions en tenant compte qu'il s'agit, dans la présente bifurcation,

³⁰⁰ **Pièce C504**, ATF 4P.114-2006, du 7 septembre 2006, §4, 25 ASA Bulletin (2007), 123, 139–43.

³⁰¹ §§3, 19, 32, 34 *in fine*

³⁰² Sections II, III, IV, V, VI, VII, VIII, IX, X, XI, XII

³⁰³ **Pièce C461**, §20 : « *Les Demanderesses ne contestent pas le caractère obligatoire de la Sentence après Nouvel Examen...* » ; §55 : « *L'article 53 de la Convention dispose que la sentence ne peut faire l'objet d'un appel par une instance de degré supérieur, ayant les pouvoirs d'examiner le fond de la sentence, de suspendre sa force obligatoire durant la phase d'appel, ou de rendre une nouvelle décision qui remplace la sentence initiale* » ; §59 : « *Le seul effet possible d'une décision en annulation serait en réalité l'extinction de l'autorité de chose jugée de la Sentence après Nouvel Examen...* »

a) de déterminer seulement si les exceptions formulées par la Défenderesse entrent dans le cadre de compétence établi par l'API Espagne-Chili. A ce niveau la question n'est pas de savoir si les allégations des Demandeurs sont fondées, mais elle porte uniquement sur la nature des exceptions ou des prétentions y afférentes;

b) suivant les critères retenus par la Jurisprudence du TSF Suisse tel qu'énoncés

1. dans l'arrêt de la cause *République A. contre B. International*, 4A_34/2015 du 6 octobre 2015 (Charte de l'Énergie), qui a estimé ³⁰⁴:

« 3.5.1 Comme tout traité, le TCE 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 (art. 31 al. 1 de la Convention de Vienne du 23 mai 1969 sur le droit des traités [CV; RS 0.111]; *ATF 131 III 227 consid. 3.1 p. 229*). Au demeurant, le principe de la bonne foi est intimement lié à la règle de l'effet utile, même si cette dernière n'apparaît pas expressément à l'art. 31 CV. L'interprète doit donc choisir, entre plusieurs significations possibles, celle qui permet l'application effective de la clause dont on recherche le sens, en évitant toutefois d'aboutir à une signification en contradiction avec la lettre ou l'esprit du traité (arrêt 4A_736/2011 du 11 avril 2012 consid. 3.3.4). »]

2. Dans l'arrêt du 25 avril 2017 (sentence CCI), qui a statué³⁰⁵ :

« 3.1. Saisi du grief d'incompétence, le Tribunal fédéral examine librement les questions de droit, y compris les questions préalables, qui déterminent la compétence ou l'incompétence du tribunal arbitral. **Le cas échéant, il reverra aussi l'application du droit étranger pertinent; il le fera également avec une pleine cognition, mais se ralliera à l'avis majoritaire exprimé sur le point considéré, voire, en cas de controverse entre la doctrine et la jurisprudence, à l'opinion émise par la juridiction suprême du pays ayant édicté la règle de droit applicable (arrêt 4A_538/2012 du 17 janvier 2013 consid. 4.2). Il n'en devient pas pour autant une cour d'appel. Aussi ne lui incombe-t-il pas de rechercher lui-même, dans la sentence attaquée, les arguments juridiques qui pourraient justifier l'admission du grief fondé sur l'art. 190 al. 2 let. b LDIP. C'est bien plutôt à la partie recourante qu'il appartient d'attirer son attention sur eux, pour se conformer aux exigences de l'art. 77 al. 3 LTF (ATF 134 III 565 consid. 3.1 et**

³⁰⁴ Pièce C519, ATF 4A_34/2015, du 6 octobre 2015 (Charte de l'Énergie)

³⁰⁵ Pièce C502, ATF 4a.34.2016, du 25 avril 2017, §3.1

les arrêts cités). Sous cette réserve, le Tribunal fédéral, dans le cadre de son libre examen de tous les aspects juridiques entrant en ligne de compte (*jura novit curia*), sera amené, le cas échéant, à rejeter le grief en question sur la base d'un autre motif que celui qui est indiqué dans la sentence entreprise, pour peu que les faits retenus par le tribunal arbitral suffisent à justifier cette substitution de motif. Inversement et sous la même réserve, il pourra admettre le grief d'incompétence sur la base d'une nouvelle argumentation juridique développée devant lui par le recourant à partir de faits constatés dans la sentence attaquée (ATF 142 III 239 consid. 3.1).

En revanche, le Tribunal fédéral ne revoit les constatations de fait que dans les limites usuelles (cf. consid. 2.2, 2^e §, ci-dessus), même lorsqu'il statue sur le moyen pris de l'incompétence du Tribunal arbitral (dernier arrêt cité, *ibid.*).

« 3.5.3.2 En vertu d'un principe général de procédure, pour trancher la question de la compétence, il faut se baser en premier lieu sur le contenu et le fondement juridique de la prétention élevée par le demandeur. L'objet de la demande est défini par celui qui la fait valoir en justice, si bien que la partie défenderesse n'a pas le pouvoir de le modifier ni de contraindre le demandeur à en changer le fondement. Le demandeur détermine la question qu'il pose au juge et celui-ci statue sur la réponse à donner à cette question. S'agissant de l'appréciation juridique des faits allégués à l'appui de la demande, le tribunal n'est cependant pas lié par l'argumentation du demandeur (ATF 137 III 32 consid. 2.2; arrêt 4P.18/1999 du 22 mars 1999 consid. 2c).

Par ailleurs, lorsque les faits déterminants pour la compétence du tribunal le sont également pour le bien-fondé de l'action - on parle, dans ce cas, de faits doublement pertinents ou de double pertinence (« *doppelrelevante Tatsachen* »; ATF 141 III 294 consid. 5.1 p. 298) -, l'administration des preuves sur de tels faits est renvoyée à la phase du procès au cours de laquelle est examiné le bien-fondé de la prétention au fond. Ainsi en va-t-il notamment lorsque la compétence dépend de la nature de la prétention alléguée (même arrêt, consid. 5.2). Cependant, la théorie de la double pertinence n'entre pas en ligne de compte lorsque la compétence d'un tribunal arbitral est contestée, car il est exclu de contraindre une partie à souffrir qu'un tel tribunal se prononce sur des droits et obligations litigieux s'il n'est pas compétent pour le faire (même arrêt, consid. 5.3 et les précédents cités).” [Soulignement ajouté]

EXCEPTION n° 1: le Tribunal ne serait pas compétent pour accorder les demandes de condamnation formulées par les Demandeurs

« Premièrement, la Défenderesse souligne que les Demandeurs cherchent à obtenir une indemnisation en vertu du Traité au titre de l'expropriation d'El Clarín. La Défenderesse est d'avis qu'une telle demande d'indemnisation doit nécessairement être fondée sur une demande valable relative à une expropriation. La Défenderesse estime toutefois que les Demandeurs ne peuvent pas faire valoir que l'expropriation d'El Clarín constituait une violation du Traité, au motif que la Première Sentence a déterminé de façon définitive qu'une telle expropriation ne relève pas du champ d'application temporel du Traité. La Défenderesse ajoute que le principe de la chose jugée empêche les Demandeurs de contester la conclusion de la Première Sentence selon laquelle l'expropriation d'El Clarín est survenue instantanément dans les années 1970 et n'était pas due à un fait continu. »

165. Ces affirmations de l'État Défendeur constituent autant d'images virtuelles sans fondement dans le **Mémoire** ni ailleurs, pour deux motifs principaux, indépendants l'un de l'autre.

166. Le **1^{er} motif** est que l'État s'y insurge contre des faits, des conclusions et des arguments déterminants des points 1 à 3 du Dispositif de la SI et qui ont en conséquence l'autorité de la chose jugée, à savoir, notamment :

a) que le 29 mai 1995 un Tribunal chilien a reconnu la propriété de M. Pey sur la totalité des actions de CPP S.A.³⁰⁶;

b) que cet investissement - et le droit inhérent à poursuivre toute réparation y attachée- est couvert par les articles 1 et 2(2) de l'API selon la SI³⁰⁷;

c) que le 6 mai 2003 l'État a reconnu en présence du TI l'invalidité de la confiscation de biens sous le régime de dictature militaire et le devoir d'indemniser les dommages subis par leurs propriétaires³⁰⁸;

³⁰⁶ **Pièce C14**, SI, §666

³⁰⁷ **Ibid.**, §§411, 432

³⁰⁸ **Ibid.**, §§667, 668

d) que l'État a manqué à son obligation de traitement juste et équitable, en ce compris le déni de justice³⁰⁹ ;

e) qu'à la suite de la Décision 43 du 28 avril 2000 l'État n'a pas indemnisé les Demanderesses mais des tiers qui ne sont pas les propriétaires des actions de CPP S.A.³¹⁰;

f) que l'obligation d'assurer un traitement juste et équitable aux Demanderesses et leur droit à compensation sont établis dans les points 1 à 3 du Dispositif de la Sentence arbitrale du 8 mai 2008.³¹¹

167. La preuve des résolutions et conclusions tranchées dans le cadre de leur compétence par les Sentences et Décisions du CIRDI a été produite *prima facie* par les Demanderesses, compte tenu de l'absence de formalisme excessif des Cours de justice en Suisse.³¹² Ces Sentences et Décisions ayant été reconnues dans ses écritures par l'État du Chili, de même que l'API et la Convention du CIRDI, elles sont obligatoires pour toutes les parties, pour la Confédération Helvétique en qualité de siège de l'arbitrage sous les règles de la CNUDCI, et, par conséquent pour le présent Tribunal arbitral, qui sont tenus de les reconnaître conformément aux articles 53³¹³, 54³¹⁴ et 52(4)³¹⁵ de la Convention du CIRDI et 10(5) de l'API.

168. En conséquence les Demanderesses soumettent respectueusement

i. qu'en vertu des articles 10(4) et 10(5) de l'API, sont contraignantes pour les parties et le Tribunal arbitral tous les droits et les obligations qui figurent dans les deux Sentences arbitrales

³⁰⁹ **Ibid.**, nbp 409 et §§78, 459, 669-674

³¹⁰ **Ibid.**, SI, §674

³¹¹ **Ibid.**, statuant que les Demanderesses ont droit à indemnisation pour les violations de l'article 4 depuis mai 2000 (§§611-674 et pp. 1 à 3 du Dispositif

³¹² *ASA v. B Co Ltd and C SA* (Federal Supreme Court 2003), in *Yearbook Commercial Arbitration XXIX* (2004) (Switzerland no. 38), 834–842: “[R]efusing the submission of the arbitral clause in the appellate proceedings would have been an act of excessive formalism.” Sanders (Piet), “The New York Convention; the First Two Decades”, et “A Twenty Years’ Review of the Convention on the Recognition and Enforcement of Foreign Arbitral Awards” dans *13 Int’l L.* 269 1979, at 269–287

³¹³ Article 53: “(1) La sentence est obligatoire à l’égard des parties et ne peut être l’objet d’aucun appel ou autre recours, à l’exception de ceux prévus à la présente Convention. Chaque partie doit donner effet à la sentence conformément à ses termes, sauf si l’exécution en est suspendue en vertu des dispositions de la présente Convention. (2) Aux fins de la présente section, une « sentence » inclut toute décision concernant l’interprétation, la révision ou l’annulation de la sentence prise en vertu des articles 50, 51 ou 52.”

³¹⁴ Article 54: “(1) Chaque Etat contractant reconnaît toute sentence rendue dans le cadre de la présente Convention comme obligatoire (...) comme s’il s’agissait d’un jugement définitif d’un tribunal fonctionnant sur le territoire dudit Etat. Un Etat contractant ayant une constitution fédérale peut (...) prévoir que [ses tribunaux fédéraux] devront considérer une telle sentence comme un jugement définitif des tribunaux de l’un des Etats fédérés”

³¹⁵ Article 52: “(...) (IV) Les dispositions des articles 41-45, 48, 49, 53 et 54 et des chapitres VI et VII s’appliquent mutatis mutandis à la procédure devant le Comité [ad hoc].”

et la Décision du 1^{er} Comité *ad hoc*, y compris ceux et celles exprimés en termes non-monétaires,

ii. que les obligations exprimés en termes non-monétaires sont également obligatoires, et le cas échéant exécutoires conformément aux articles I, III et IV de la Convention de New York (ratifiée par le Chili et la Suisse³¹⁶) et à la loi du for.³¹⁷ Comme l'affirme le prof. Schreuer:

*« there is no doubt that an obligation imposed by an award that is expressed not in monetary terms but in terms of an obligation to perform a particular act or to refrain from a certain course of action is equally binding and gives rise to the effect of res iudicata. The [ICSID] Convention merely exempts such an obligation from the simplified and automatic enforcement procedure of Art. 54. It is conceivable (...) that a non-pecuniary obligation imposed by an ICSID award may be enforced on a different legal basis. The 1958 New York Convention on the Recognition and Enforcement of Foreign Arbitral Awards does not contain a comparable limitation to pecuniary obligations. (...) a party to an ICSID arbitration may find it useful to rely on the New York Convention where Art. 54 of the ICSID Convention is of no avail because the award imposes a non-pecuniary obligation”.*³¹⁸

iii. qu'aucune des exigences prévues à l'article VI de la Convention de New York ne s'oppose à la reconnaissance desdites résolutions ayant l'autorité de la chose jugée.

Les Demanderesses invoquent donc expressément à ces effets la Sentence arbitrale du 8 mai 2008, la Décision du 1^{er} Comité *ad hoc* du 18 décembre 2012, la Sentence arbitrale du 13 septembre 2016 et la Décision du 2^{ème} Comité *ad hoc* du 15 mars 2018, toutes du CIRDI.

*

169. Le 2^{ème} motif pour lequel l'image virtuelle bâtie dans le Counter-Memorial³¹⁹ n'a pas de fondement est que le **Mémoire** concerne des infractions à l'API qui sont toutes

³¹⁶ L'article 192.XII de la LDIP suisse dispose : « La reconnaissance et l'exécution des sentences arbitrales étrangères sont régies par la convention de New York du 10 juin 1958 pour la reconnaissance et l'exécution des sentences arbitrales étrangères »

³¹⁷ Lew (J.D.M.), Loukas (A), Mistelis (L.A.), et al., Comparative International Commercial Arbitration, Kluwer Law International, 2003, Chap. 28-111 (“order for specific performance or other nonpecuniary obligations must be enforced under the New York Convention or the law of the state of enforcement”), citant à Schreuer, “Commentary on the ICSID Convention”, 14 ICSID Rev-FILJ 46 (1999) 100, et Schneider/Scherer/Knoll, *Non-Monetary Relief in International Arbitration: Principles and Arbitration Practice*, pp. 30-31, dans ASA Performance as a Remedy

³¹⁸ Schreuer (Ch.), Commentary to the ICSID Convention, 1st ed., 2001, art. 54, §74

³¹⁹ §§32, 37, 189, 216, 243, 250, 251, 301, 304, entre autres

postérieurs au 8 mai 2008, dont la question que la Décision du Tribunal du 26 juin 2006 a jointe au fond de l'affaire.³²⁰

170. Nulle part le **Mémoire**³²¹ n'affirme que les Demanderesses cherchent à obtenir une indemnisation « au titre de » l'expropriation d'El Clarín en 1975, ni que celle-ci constituerait une violation du Traité, pas plus qu'elles ne contestent aucune conclusion des décisions prises dans la procédure du CIRDI, dans la perspective de et selon la portée du cadre juridique et factuel dans lequel elles ont été formulées.

Tout au contraire, le **Mémoire** a précisé que la cause et l'objet des différends soumis au Tribunal CNUDCI, et de la *restitutio in integrum* sollicitée, sont des violations des articles 3, 4, 5 (expropriation indirecte) et 10(5) de l'API distinctes et **postérieures** à celles tranchées dans la Sentence du **8 mai 2008** du CIRDI:

« la réparation due au titre de la violation des articles 3(1), 4, 5 et 10(5) de l'API par l'État du Chili doit être équivalente au montant de l'indemnisation qu'auraient dû percevoir les investisseurs pour les saisies de CPP S.A. et EPC Ltée en absence des actes de déni de justice commis en rapport avec le Jugement du 24 juillet 2008 (...) » (pour lesquels la SI a établi le droit à compensation des Demanderesses),³²²

*“La Défenderesse est tenue de réparer intégralement les conséquences de ses manquements en mettant les Demanderesses dans la situation qui aurait été la leur si des actes illicites n'avaient pas été commis depuis le 8 mai 2008. »*³²³

Il est res iudicata que l'investissement tant initial que, s'il y a lieu, résiduel des Demanderesses dans CPP S.A. est sous la protection de l'API

171. La SI a établi l'obligation de l'État d'assurer un traitement juste et équitable à l'investissement des Demanderesses, en ce compris l'abstention de déni de justice, de même que leur droit à indemnisation pour les violations de l'API « *résidant essentiellement dans la*

³²⁰ Décision sur la bifurcation, §117

³²¹ **Mémoire**, sections III(ii) ; VI(ii) ; VI(vii), §§144, 234 ; VI(viii), §240 ; VIII(vi)

³²² **Ibid.**, §342

³²³ **Ibid.**, §431, §551

Décision n°43 [du 28 avril 2000] et le déni de justice allégué **qui lui est lié** (...)» (SI, §§464, 623, 674, 679 et points 2 et 3 du Dispositif, soulignement ajouté), à savoir

- Le différend surgi en 2000 :

«le Tribunal estime sans hésitation que l'opposition qui s'est manifestée entre les parties lors des audiences de **mai 2000**, dès que les parties demanderesses ont pris connaissance de la Décision n°43, est constitutive d'un différend. Là encore, le différend étant survenu postérieurement à l'entrée en vigueur du traité, la condition de compétence *ratione temporis* est satisfaite »³²⁴ (soulignement ajouté),

« Cette décision [43] étant intervenue postérieurement à l'entrée en vigueur de l'API, le Tribunal conclut que les dispositions de fond de ce dernier lui sont applicables *ratione temporis*. »³²⁵

- le différend surgi en 2002-2003 :

« Le Tribunal estime que **le dernier différend entre les parties, s'est cristallisé au cours de la période 2002-2003**. Avec l'introduction de leur demande complémentaire le 4 novembre 2002, les demanderesses ont, pour la première fois dans cette procédure, reproché à l'État chilien un déni de justice et ainsi formulé une réclamation.⁴¹⁹ C'est en demandant au Tribunal arbitral dans son mémoire du **3 février 2003** de rejeter la demande complémentaire des demanderesses que la défenderesse a confirmé l'existence d'un différend sur la question du déni de justice »³²⁶ (soulignement ajouté) ;

« le seul droit d'indemnisation postérieur au traité n'ayant été créé par le législateur chilien qu'en 1998 (...) l'impossibilité d'obtenir **avant 2003** une décision sur le fond en première instance au bout de sept ans de procédure dans l'affaire concernant la restitution de la rotative Goss (...) l'intervention de la Décision n°43 **du 28 avril 2000** (...), [l'élargissement **en janvier 2007** de] leur demande fondée sur le déni de justice 'à l'ensemble du contentieux soumis au Tribunal arbitral [...] ' (...) il ne fait pas de doute que le déni de justice allégué par les demanderesses s'étend sur une période postérieure à l'entrée en vigueur de l'API. **L'article 4 de l'API lui est donc bien applicable ratione temporis.** »³²⁷

³²⁴ Pièce C14, SI, §§453

³²⁵ Ibid., §614

³²⁶ Pièce C14, SI, §464

³²⁷ Ibid., §§621, 624, 626

172. Les obligations établies aux points 2 et 3 du Dispositif de la SI sont contraignantes pour l'État du Chili conformément à l'article 53(1) de la Convention CIRDI et à l'article 10(5) de l'API. Celles qui ne sont pas exprimées en termes pécuniaires sont également contraignantes et, le cas échéant, susceptibles d'exécution sous la Convention de New York ou la loi de l'État de l'exécution.³²⁸

173. Comme il a été indiqué dans le §20 *supra*, en droit suisse une décision judiciaire est dotée de l'autorité de la chose jugée lorsqu'elle est obligatoire et irréversible, c'est-à-dire qu'elle ne peut plus être remise en discussion ni par les parties ni par les tribunaux.³²⁹ Le tribunal arbitral violerait l'ordre public procédural s'il statuait sans tenir compte de l'autorité de la chose jugée de la SI, de la SR et de la Décision du 1^{er} Comité *ad hoc* du CIRDI.

174. À son tour, la SR du CIRDI a confirmé que

« La Sentence du Tribunal n'affecte pas la conclusion dans la Sentence Initiale selon laquelle la Défenderesse avait commis une violation de l'article 4 du TBI en ne garantissant pas un traitement juste et équitable aux investisseurs des Demanderesses, en ce compris un déni de justice ; cette conclusion a autorité de chose jugée et n'était pas l'objet de la présente procédure de nouvel examen. Elle correspond donc à une obligation qui pèse toujours sur la Défenderesse et une obligation qui, comme l'a conclu le Tribunal Initial, est la conséquence d'une défaillance dans le fonctionnement du système interne du Chili pour la réparation des injustices passées qui ont été reconnues. » (§244)

Le droit à l'arbitrage et la Sentence arbitrale du 8 mai 2008 sont constitutifs d'un investissement au sens de l'API

175. Les droits découlant de l'investissement dans CPP S.A. se sont cristallisés dans la procédure arbitrale qui culmine dans les Sentences des 8 mai 2008 et 13 septembre 2016 et la

³²⁸ Voir Lew/Mistelis/Kröll, *Comparative International Commercial Arbitration*, The Hague 2003, §§28-111 (“order for specific performance or other nonpecuniary obligations must be enforced under the New York Convention or the law of the state of enforcement”); Verhoosel, p. 24; voir également Schneider/Scherer/Knoll, pp. 30-31.

³²⁹ Hohl (F.), *Procédure civile*, T.I, Berne 2001, p. 244 n° 1289

Décision du 1^{er} Comité *ad hoc* du 18 décembre 2012, lesquelles constituent une partie intégrante de l'investissement dans le sens de l'API³³⁰ et protégé par celui-ci.

176. Or en manquant aux obligations établies aux points 2 et 3 du Dispositif de la SI et leurs fondements respectifs, les actes de l'État du Chili postérieurs au 8 mai 2008, ont enfreint les articles 3, 4, 5 et 10(5) de l'API.

177. Cette conclusion est conforme à la jurisprudence en matière d'investissements telle qu'affirmée, entre autres,

1) par le Tribunal de l'affaire *Chevron* :

*Once an investment is established, it continues to exist and be protected until its ultimate disposal 'has been completed.'*³³¹

2) Par le Tribunal de l'affaire *S.p.A Saipem v Bangladesh*³³² :

that for the purpose of determining whether there is an investment under Article 25 of the ICSID Convention, it will consider the entire operation. In the present case, the entire or overall operation includes (...) the related ICC Arbitration. (...) the notion of investment pursuant to Article 25 of the ICSID must be understood as covering all the elements of the operation, that is not only the ICC Arbitration, but also (...) ³³³ (Soulignement ajouté)

Le Tribunal *Saipem* a appliqué la Convention du CIRDI et l'API à l'établissement de la responsabilité de l'État en l'espèce. Cette équivalence fonctionnelle suffit à déclencher la responsabilité de l'État et la protection de l'investissement et, si les circonstances le permettent, un soutien additionnel à la sentence arbitrale.

³³⁰ La Sentence arbitrale *Romak S.A. v. Uzbekistan* sous les Règles de la CNUDCI a observé que “*the term 'investment' has a meaning in itself that cannot be ignored when considering the list contained in Article 1(2) of the BIT. (...) The Arbitral Tribunal therefore considers that the term 'investments' under the BIT has an inherent meaning (irrespective of whether the investor resorts to ICSID or UNCITRAL arbitral proceedings)*”, **pièce C544**

³³¹ **Pièce C275 bis**, *Chevron Corporation and Texaco Petroleum Company v The Republic of Ecuador* (UNCITRAL, PCA Case No. 34877, Interim Award, 1 Décembre 2008), §185, citant *Mondev International Ltd. v United States of America* (ICSID Case No. ARB (A)/99/2, Award, 11 Octobre 2002, § 81, **pièce C142**.

³³² **Pièce C545**, ICSID Case No ARB/05/7, Decision on Jurisdiction and Recommendation on Provisional Measures, 21 Mars 2007

³³³ **Ibid.**, §§110 et 114

3) Dans l'affaire *ATA Construction, Industrial and Trading Company v Hashemite Kingdom of Jordan*³³⁴ le Tribunal arbitral a considéré que

measured by the standards in Saipem, the Final Award at issue in the present arbitration would be part of an “entire operation” that qualifies as an investment. (...)

*the Tribunal observes that the right to arbitration is a distinct “investment” within the meaning of the BIT because Article I(2)(a)(ii) defines an investment inter alia as “claims to [...] any other rights to legitimate performance **having financial value related to an investment**”. The right to arbitration could hardly be considered as something other than a “right [...] to legitimate performance having financial value related to an investment (...).” the right to arbitration is considered a distinct investment (...)*

*The Tribunal finds particularly apposite the statement of Christoph Schreuer which it adopts that: “There is no doubt that an obligation imposed by an award that is expressed not in monetary terms but in terms of an obligation to perform a particular act or to refrain from a certain course of action is equally binding and gives rise to the effect of *res judicata*.”³³⁵ [Soulignement ajouté]*

4) Dans l'affaire *White Industries v India*³³⁶

“the Tribunal concludes that rights under the Award constitute part of White’s original investment (i.e., being a crystallisation of its rights under the Contract) and, as such, are subject to such protection as is afforded to investments by the BIT.”³³⁷

5) Dans l'affaire *Georg Gavrilović c. Croatie* la Sentence a reconnu le droit à la protection des attentes légitimes :

*Legitimate expectations with respect to consistency and due process in State actions and relations may also be protected.*³³⁸

³³⁴ **Pièce C546**, ICSID Case No ARB/08/2, Award (18 Mai 2010),

³³⁵ **Ibid.**, §§ 115, 117, 120, 130

³³⁶ **Pièce C31**, *White Industries Australia Limited v The Republic of India*, UNCITRAL, Award, 30 Novembre 2011

³³⁷ **Ibid.**, §7.6.10

³³⁸ **Pièce C547**, *Georg Gavrilović c. Croatie*, ICSID Case No ARB/12/39, Award, 26 Juillet 2018, §956, citant *Tecmed v Mexico*, ¶ 154 (**pièce C281**); *Saluka v Czech Republic*, ¶ 329 (**pièce C108**); A. Newcombe and L. Paradell, *Law and Practice of Investment Treaties* (KluwerArbitration, 2009) (CL-0070), p 277.

6) En droit international, également, dans l'affaire *Ayyash et autres* le Tribunal spécial pour le Liban a conclu que les principes de légalité³³⁹ et de l'équité du procès³⁴⁰ avaient le statut de *jus cogens*, et dans l'affaire *El Saye* que le droit d'accès à la justice avait « *acquis le statut de norme impérative (jus cogens)* »³⁴¹ sur la base, notamment, de la jurisprudence de juridictions nationales et internationales.

178. En l'espèce lorsqu'en 1972 M. Pey a effectué son investissement l'État de droit, la séparation des pouvoirs, l'interdiction des confiscations, la liberté de la presse et de l'information, étaient effectives au Chili et ce depuis très longtemps. Lorsque le 29 mai 1995 lui et la FPA ont récupéré les titres de propriété sur CPP S.A. et lorsque le 3 novembre 1997 ils ont initié la procédure arbitrale, ils s'attendaient légitimement que l'État respecterait les garanties constitutionnels du *due process*, du droit de propriété, ses obligations selon l'API, le principe général du droit *pacta sunt servanda* et, en conséquence, leur droit à l'arbitrage.

179. En conséquence, les Demanderesses ont soumis leur demande d'indemnisation sur la base des droits établis en leur faveur aux termes des Sentences et de la Décision du 1^{er} Comité *ad hoc* du CIRDI, et dans l'expectative que ceux-ci seraient respectés par l'État, toutes choses qui font partie de leur investissement, y compris l'accès à l'arbitrage du différend sous les règles de la CNUDCI, et sont sous la protection de l'API.

180. Conclusion : les affirmations contenues dans cette première partie de l'exception n° 1 constituent des images irréelles, sans aucun fondement dans les faits postérieurs au 8 mai 2008 et le droit invoqués dans le **Mémoire**.

« La Défenderesse fait en outre valoir que les Demandeurs ne peuvent dissocier la valeur de la propriété expropriée de la propriété expropriée elle-même en soutenant que la valeur de la propriété n'a été perdue que lorsque le Chili a refusé de les indemniser. La Première

³³⁹ **Pièce C548** - *Le Procureur c. Ayyash et autres* (STL-11-01/I), Décision préjudicielle sur le droit applicable. Chambre d'appel, 16 février 2011, par. 76, citant le cas du Tribunal international pour l'ex-Yougoslavie.

³⁴⁰ **Pièce C549** - *Le Procureur c. Ayyash et autres* (STL-11-01/AC.AR90.1), Décision sur l'appel interjeté par la défense contre la « Décision sur les exceptions soulevées par la défense à la compétence et la légalité du Tribunal » de la Chambre de première instance, Chambre d'appel, 24 octobre 2012 (citant l'arrêt *Kadi* de la Cour européenne des droits de l'homme).

³⁴¹ **Pièce C550** - *El Sayed* (CH/PRES/2010/01), Ordonnance assignant l'affaire à un juge de la mise en état, Président du Tribunal spécial pour le Liban, 15 avril 2010, par. 29 (citant des jugements de la Cour interaméricaine des droits de l'homme).

Sentence fait également obstacle à cet argument, puisqu'elle conclut qu'un refus post-API d'indemniser les Demandeurs pour une expropriation survenue avant son entrée en vigueur ne constitue pas un fondement indépendant pour une demande relative à une expropriation. » [Soulignement ajouté]

181. Ces allusions à « *la propriété expropriée* », à l'indemnisation « *pour une expropriation* », constituent, dans leur contexte et finalité, des images virtuelles de la part de l'État, sans fondement ni reflet dans le **Mémoire**. Elles sont incompatibles

a) Avec les différends surgis entre les parties postérieurement à l'entrée en vigueur le 29 mars 1994 de l'API, et, en particulier, après la date du 8 mai 2008 ;

b) Avec le droit à indemnisation créé par la Loi 19.568 de 1998 tel qu'établi dans la SI:

“L'État défendeur a ainsi créé [par la Loi 19.568] un droit à indemnisation, défini et délimité par la loi interne, et ayant vocation à s'appliquer à des personnes visées par une législation adoptée pendant la période 1973-1978 » (SI, §613) ;

c) Avec l'autorité de la chose jugée de la SI qui a condamné l'État pour des actes postérieurs au 28 avril 2000 enfreignant l'article 4 de l'API ;

d) Avec la cause et l'objet du **Mémoire** soumis au Tribunal CNUDCI, qui portent également sur des actes de l'État survenus **après la SI**.

182. En effet, l'État a commencé à méconnaître et ensuite à détruire la valeur de l'investissement des Demanderesses protégé par l'API à partir de la Décision 43 du 28 avril 2000, et a poursuivi sa destruction après la reconnaissance du droit à compensation dans la SI.³⁴² et, en particulier, après que le Jugement interne du 24 juillet 2008 ait mis en question la validité du Décret n° 165 dans son 9^{ème} Considérant.³⁴³

183. Cette partie de l'exception d'incompétence n° 1 méconnaît

³⁴² **Mémoire**, voir la section III du

³⁴³ **Ibid.**, voir les sections IV et V

- i. Que parmi les droits des Demanderesses protégés dès l'entrée en vigueur de l'API Espagne-Chili le 29 mars 1994 figurent également ceux découlant du standard de la clause de la nation la plus favorisée qui figurent dans son article 4(2) ;
- ii. Qu'il est *res iudicata* que la loi n° 19.568 promulguée en 1998 a créé des droits que, par le biais de la discrimination et du déni de justice constitutives de la Décision 43, l'État a détruits le 28 avril 2000 au préjudice de M. Pey et de la Fondation, alors que, comme l'a considéré prouvé la SI, l'État avait pris connaissance dès novembre 1997 de la Requête d'arbitrage :

« Le 28 avril 2000, Le Ministre des biens nationaux rend la Décision n°43 selon laquelle les dispositions de la loi n°19.568 sont applicables aux biens confisqués aux sociétés CPP S.A. et EPC Ltda.⁵⁵³ Cette décision accepte cependant d'indemniser des requérants autres que les parties demanderesses pour la confiscation des biens en question. Le Ministre des biens nationaux maintiendra la Décision n°43 que les demanderesses contesteront en vain. (...)

« La Décision n°43 a été rendue en application de la loi n°19.568, promulguée postérieurement à l'entrée en vigueur de l'API. Cette loi dispose dans son article 1 que ' les personnes physiques ou les personnes morales, incluant les partis politiques, qui [ont] été privé[e]s du domaine de leurs biens par l'application des décrets-lois N°12, 77 et 133, de 1973; 1.687, de 1977, et 2.346, de 1978, auront le droit de solliciter leur restitution ou de réclamer le paiement d'une indemnisation, conformément aux normes établies dans cette loi' (souligné par nous). L'État défendeur a ainsi créé un droit à indemnisation, défini et délimité par la loi interne, et ayant vocation à s'appliquer à des personnes visées par une législation adoptée pendant la période 1973-1978. (...)

« la Décision n°43 doit s'analyser en une application discriminatoire d'une loi postérieure à l'API et des droits que celle-ci a créés. (...)

« en accordant des compensations (...) à des personnages qui, de l'avis du Tribunal arbitral, n'étaient pas propriétaires des biens confisqués, en même temps qu'elle paralysait ou rejetait les revendications de M. Pey Casado concernant les biens confisqués, la République du Chili a manifestement commis un déni de justice et refusé de traiter les demanderesses de façon juste et équitable. »³⁴⁴

³⁴⁴ Pièce C14, SI, §§596, 613, 652, 674. Voir également les §§79, 595, 631,

- iii. Que la Décision du 12 décembre 2012 du 1^{er} Comité *ad hoc* a confirmé que la SI reconnaît aux Demanderesses la qualité de crédateurs de «*l'obligation d'accorder une réparation au titre de la violation de droits [qui] perdure même si les droits en tant que tels ont pris fin, dès lors que l'obligation au titre du traité en question était en vigueur à l'égard de l'État concerné au moment de la violation alléguée*»³⁴⁵,
- iv. Que cette obligation de réparer a été opportunément réclamée par les Demanderesses à S.E. le Président du Chili, en particulier les 4 février 2013 et 3 avril 2017.³⁴⁶
- v. Que les Cours de justice du Chili appliquent directement le droit international coutumier à la réparation des actes illicites commis sous la dictature militaire (1973-1990, voir *supra* les §§141-142 et la nbp n° 236 ; et les §§132-134 dans le **Mémoire**).
- vi. Qu'il ne fait pas de doute que depuis le 8 mai 2008 l'expropriation indirecte et les mesures équivalentes³⁴⁷ à l'encontre des droits de M. Pey et de la Fondation sur leur investissement ne réunissent aucune des conditions cumulatives requises par le droit international coutumier -comprises pour l'essentiel dans l'article 5 de l'API- pour qu'une expropriation soit légale, à savoir: a) poursuivre un intérêt public³⁴⁸; b) ne pas être arbitraire ni discriminatoire dans le sens généralement accepté de ces termes³⁴⁹; c) avoir appliqué les principes du *due process*³⁵⁰; et (iv) être accompagné sans tarder d'une compensation adéquate et effective³⁵¹.

³⁴⁵ **Pièce C15**, Décision du 1^{er} Comité *ad hoc* du 18 décembre 2012, §168

³⁴⁶ **Mémoire**, §§15-31, et la **pièce C145**, Proposition d'accord amiable que les Demanderesses adressent à S.E. le Président du Chili le 4 février 2013

³⁴⁷ Voir dans la **pièce C245** un exemple de privation substantielle de la valeur commercial d'un investissement, *CME Czech Republic B.V. v. Czech Republic*, Award, 13 Septembre 2001, UNCITRAL, et dans la **pièce C146** Reisman (W.M.)-Sloan (R.D.): *Indirect Expropriation and its Valuation in the BIT Generation* (2003), 74 BYIL, pages 128-133 .

³⁴⁸ Cette condition figure de manière notoire dans les sentences du CIRDI (p.e., **pièce C139**, *ADC Affiliate Limited and ADC & ADMC Management Limited v. Republic of Hungary*, Award, 2 Octobre 2006, ICSID Case No. ARB/03/16), et de l'Iran-US Claims Tribunal (p.e., **pièce C247**, Clagett (B.M.), *Just Compensation in International Law : The Issues Before the Iran-United States Claims Tribunal, in The Valuation of Nationalized Property in International Law*, Vol. IV, ed. R.B. Lillich, University Press of Virginia, 1987; *American International Group v. Iran*, 4 Iran-United States CTR 96)

³⁴⁹ *Eureko B.V. v. Republic of Poland*, Partial Award (UNCITRAL arbitration); *Liberian Eastern Timber Corporation v. Republic of Liberia*, Award, ICSID Case No. ARB/83/2.

³⁵⁰ *ADC & ADMC Management Limited v. Republic of Hungary*, Award, 2 Octobre 2006, ICSID Case No. ARB/03/16.

³⁵¹ La compensation est aujourd'hui généralement comprise comme l'équivalent de la valeur de marché de l'investissement exproprié. Voir p. ex., **pièce C311**, Marboe (I.), *Compensation and Damages in International Law The limits of « Fair Market Value »*, TDM, Vol. 4, issue 6, Novembre 2007, et **pièce C312**, Marboe (I.), *Calculation of Compensation and Damages in International Investment Law*, Oxford University Press, 2009

184. Par conséquent, les affirmations contenues dans cette deuxième partie de l'exception n° 1 constituent des images irréelles, sans fondement dans les faits et le droit invoqués dans le **Mémoire**.

« La Défenderesse fait valoir que le Tribunal est incompétent pour connaître de la demande des Demandeurs selon laquelle le Chili a manqué aux obligations qui lui incombent en vertu de la Première Sentence, demande qu'elle considère 'shockingly abusive'.

185. Il est *res iudicata* que l'investissement des Demanderesses est sous la protection de l'API et que la Sentence arbitrale du 8 mai 2008 a établi des obligations s'imposant à l'État en faveur des Demanderesses.

186. Que l'État a manqué à ces obligations a été également étayé dans le **Mémoire** (sections III, X(viii)).

187. Que les différends surgis entre les parties après le 8 mai 2008 sont relatifs à cet investissement et au manquement des obligations établies dans la Sentence arbitrale initiale est étayé tout au long du **Mémoire**.

188. Par conséquent, le Tribunal arbitral est compétent pour connaître de ces différends conformément articles 10(1) et 10(3) de l'API, comme il a été étayé *supra* (réponse à la 1^{ère} exception d'incompétence).

189. Conclusion : La prétention que la Défenderesse fait valoir dans cette troisième partie de l'exception n° 1 est dénuée de fondement.

« À cet égard, la Défenderesse soutient que la règle d'exclusivité applicable aux procédures CIRDI interdit aux Demandeurs de faire valoir devant un tribunal CNUDCI que la

Défenderesse n'a pas respecté une sentence CIRDI définitive. La Défenderesse fait valoir qu'une telle demande ne peut être formulée que devant un tribunal CIRDI, et elle l'a été. »³⁵²

190. Il a été répondu à cette prétention de la Défenderesse dans les arguments formulés *supra* (section IV.2 ; IV.1); dans le **Mémoire**³⁵³ et dans les Observations complémentaires des Demanderesses sur les exceptions à la compétence formulées le 7 juin 2014.

191. Cela étant, ladite prétention de la Défenderesse

- a. est contraire à la nature procédurale, à l'objet et la finalité de l'article 26 de la Convention du CIRDI, comme on l'a vu *supra* (IV.1 et §§110-119) ;
- b. est contraire à des principes généraux du droit qui font partie de l'ordre public international et sont régulièrement mis en application par le Tribunal Fédéral suisse, dont le « *pacta sunt servanda* », le respect des règles de la bonne foi, l'interdiction de l'abus de droit, la prohibition des mesures discriminatoires ou spoliatrices.³⁵⁴

192. En effet, les actes commis par l'État depuis le 8 mai 2008 ont manqué auxdites obligations, entre autre,

- i. par le manquement à respecter les obligations de comportement et de résultat qui pèsent sur l'État conformément à la Sentence arbitrale du 8 mai 2008;
- ii. par les actes discriminatoires commis depuis le 8 mai 2008 à l'encontre de l'investissement et des investisseurs;
- iii. par l'expropriation indirecte des droits reconnus dans la Sentence arbitrale du 8 mai 2008 ;
- iv. par ses actes et omissions à partir du 8 mai 2008 dans la procédure traitée par le 1^{er} Tribunal civil de Santiago ;

³⁵² *Counter-Memorial*, paragraphes 246 à 251.

³⁵³ Voir les sections III et VII(ii)(f) - « *L'article 26 de la Convention du CIRDI est inopposable à la juridiction du présent Tribunal arbitral régi par le Règlement de la CNUDCI* », §§281-298

³⁵⁴ **Pièce C551**, ATS BGE 120 II 155, du 19 avril 1994, dans la cause *Émirats Arabes Unis et consorts contre Westland Helicopters Limited et Tribunal arbitral* (recours de droit public), Consid. 6^{ème}

- v. par ses actes relatifs au groupement d'avocats dont sont membres la majorité des arbitres dans la procédure suivie auprès du CIRDI entre juin 2013 et octobre 2017, créant un conflit objectif apparent d'intérêt en vue de frustrer le droit de porter les différends à l'arbitrage.

Il n'y a pas de conflit de juridictions ni de procédures parallèles en l'espèce

193. La prétention de l'État relative à l'exclusivité de la juridiction du CIRDI ajoute de fait à l'article 10 de l'API Espagne-Chili une condition inexistante, à la différence de ce que prévoient d'autres traités comme, par exemple, l'article 8 de l'API Tchéquie-Slovaquie, du 23 novembre 1992 :

2.If the dispute between the investor of one Party and the other Party continues after a period of three months, the investor and the Party shall have the right to submit the dispute to either:

1) the International Center for the Resolution of Investment-Related Disputes (...); or

2) an arbitrator or an ad hoc international arbitration tribunal established in accordance with the arbitration rules of the United Nations Organization Committee for International Trade Law. (...)

*3. The dispute shall be resolved by such agency referred to in Section 2 above **as was the first one to which a proposal for the resolution of the dispute was submitted** [soulignement ajouté].³⁵⁵*

194. Les termes du consentement donné par le Chili figurant à l'article 10 de l'API au choix de l'investisseur sont d'autant plus manifestes dès lors que, comme il a été indiqué, la cause et l'objet des différends relatifs à l'investissement soumis dans le **Mémoire** sont différents et postérieurs à ceux sur lesquels les Tribunaux du CIRDI ont établi leur compétence. Ces différends nouveaux peuvent donc être tranchés par le Tribunal constitué sous les règles de la CNUDCI.³⁵⁶

³⁵⁵ **Pièce C552**, *Ceskoslovenska Obchodni Banka, A.S. v. The Slovak Republic*, ICSID Case No. ARB/97/4, Decision of the Tribunal on Respondent's Further and Partial Objection to Jurisdiction, 1er Décembre 2000: §58: "The Tribunal notes, furthermore, that Article 8(3) of the BIT provides that whichever of the two dispute-settlement facilities envisaged under Article 8(2)—ICSID or the UNCITRAL rules—first receives a dispute shall resolve it"

³⁵⁶ Voir la section VI du **Mémoire**

L'injonction interruptive que l'État chilien a tenté d'obtenir n'a pas été acceptée par le 2^{ème} Comité *ad hoc* du CIRDI

195. Il n'y a pas lieu non plus d'appliquer en l'espèce les règles de la *res iudicata* sur des questions que les Tribunaux du CIRDI ont considérées hors leur compétence. Ceci a été confirmé dans la Décision du 2^{ème} Comité *ad hoc* du CIRDI qui a refusé l'*injonction anti-suite* que l'État du Chili avait sollicitée en janvier 2018 afin d'arrêter la présente procédure CNUDCI.

Cette prétention offensive de l'État d'essayer de créer l'exception de *forum non conveniens*, en tout cas de non-respect de la souveraineté du Tribunal CNUDCI et du principe *compétence-compétence*, a été rejetée le 15 mars 2018 (voir le §16 *supra*).³⁵⁷

196. La décision du 2^{ème} Comité *ad hoc* du CIRDI étant obligatoire pour toutes les parties, elle barre la voie à l'injonction que le Chili a formulée ensuite dans ses *Counter-Memorials* des 21 et 31 mai 2018 en vue d'une décision contradictoire à celle du Comité *ad hoc* du CIRDI.

Bien plus grave qu'un *second bite in the apple*, cette deuxième injonction n'est pas cohérente avec l'API, et relève de la mauvaise foi dès lors qu'elle paraît viser à imposer l'autorité du Tribunal CNUDCI en porte-à-faux par rapport à celle des organes du CIRDI après que ceux-ci aient appliqué le principe *compétence-compétence* de manière différente de ce qui était sollicité par l'État.

197. Bref, les exceptions sur la compétence que formule de l'État ne peuvent pas franchir la barrière de la *res iudicata* des questions tranchées sur le fond dans les Sentences du CIRDI, ni celle de l'absence de *res iudicata*, de *lis pendens* et de procédures parallèles pour ce qui concerne les questions qui n'ont pas été tranchées.

198. En conséquence, ne sont pas présentes en l'espèce les conditions de litispendance requises dans l'article 186(1)bis de la Loi fédérale suisse du 18 décembre 1987 sur le droit international privé (LDIP).³⁵⁸

³⁵⁷ Voir la Décision du Comité *ad hoc* du CIRDI du 15 mars 2018, §§20, 29, 37, 76-82, **pièce C461**

³⁵⁸ Voir l'article 186(1) *supra*, nbp n° 72

199. En tout état de cause et afin d'éviter des doutes, les Demanderesses invoquent ici la clause de la Nation la Plus Favorisée de l'article 4 de l'API à l'appui de la compétence du présent Tribunal arbitral dans les termes indiqués aux §§138-142 *supra*.

200. Conclusion : La prétention que la Défenderesse fait valoir dans cette quatrième partie de l'exception n° 1 sur la compétence est dénuée de fondement.

201. « *La Défenderesse fait valoir (...) que les Demandeurs ne devraient pas être autorisés à faire appel devant un tribunal CNUDCI des décisions de ce tribunal CIRDI.* »

202. La SI, la SR et la Décision du premier Comité *ad hoc* du CIRDI ont l'autorité de la chose jugée et sont obligatoires pour les parties et le Tribunal arbitral.

Tel est le cas pour la SI des faits et des arguments de droit déterminants des conclusions que la Décision du 18 décembre 2012 du Comité *ad hoc* a déclarées *res iudicata*.

Tel est le cas pour la SR s'agissant de la seule question sur laquelle elle s'est déclarée compétente, à savoir celle surgie entre les parties avant « la date critique » du 3 novembre 1997 (§§216 et 244 *in fine*).

Le **Mémoire** est fondé sur le respect le plus strict de la *res iudicata* de ces décisions.

Cependant le *Counter-Memorial* cite généralement la SR hors contexte. Ainsi les §§39, 189 et 337 mentionnent le §244 de la SR sans tenir compte de son fondement déterminant, à savoir que « la date critique » à laquelle le TR a établi sa compétence *ratione temporis* est le 3 novembre 1997, et que le différend y afférant était « la demande *initiale* » fondée sur l'article 5 de l'API (voir *infra*, §293 et nbp 460).

203. Par conséquent, il n'y a eu en l'espèce aucun « appel ». La prétention que la Défenderesse fait valoir dans cette cinquième partie de l'exception n° 1 sur la compétence est encore dénuée de fondement.

**

204. « *La Défenderesse ajoute qu'en tout état de cause, la Sentence relative au réexamen a conclu avec effet de la chose jugée que les Demandeurs n'avaient droit à aucune indemnisation.* »

205. Cette prétention de l'État est également incompatible avec la jurisprudence du Tribunal Fédéral Suisse selon laquelle « *l'identité des prétentions déduites en justice est déterminée par les conclusions de la demande et les faits invoqués à l'appui de celle-ci, autrement dit par le complexe de faits sur lequel les conclusions se fondent.* »³⁵⁹

206. Or, la SR du CIRDI a déclaré hors sa compétence le seul différend soumis le 18 juin 2013, à savoir celui de fixer le montant de l'indemnisation pour les violations de l'API « *résidant essentiellement dans la Décision n°43 [du 28 avril 2000] et le déni de justice allégué qui lui est lié (...)* » (SI, §§464, 623, 674, 679), et celles commises après le 8 mai 2008.³⁶⁰

207. Les différends postérieurs au 3 novembre 1997 ayant été déclarés hors la compétence du TR, la preuve relative aux dommages causés par les violations de l'article 4 de l'API « *résidant essentiellement dans la Décision n°43 [du 28 avril 2000] et le déni de justice allégué qui lui est lié (...)* » (SI, §§464, 623, 674, 679), et par celles commises après le 8 mai 2008, était par conséquent hors la compétence du TR et la SR ne l'a pas pris en considération. En conséquence, la conclusion du point 2 du Dispositif de la SR n'a pas d'incidence pour ce qui concerne l'objet de la présente procédure dès lors que, conformément à la jurisprudence du Tribunal Suprême Fédéral Suisse relative à l'identité de l'objet et la *res iudicata* :

« *l'existence des mêmes faits au moment du premier jugement est un critère insuffisant pour admettre la réalisation de ladite condition [de l'identité de l'objet du litige]. Encore faut-il que, d'après le droit de procédure applicable, ces faits aient pu être allégués devant*

³⁵⁹ ATF 139 III 126 consid. 3.2.2 et 3.2.3, cité dans l'ATF du 27 mai 2014, 4A 508/2013, §3.3 (pièce C499)

³⁶⁰ Pièces C173, Mémoire de Réexamen, du 18 juin 2013, pour détermination du *quantum* de la compensation après l'annulation partielle de la Sentence arbitrale initiale, par le 1^{er} Comité *ad hoc*, de la Requête initiale du 3 novembre 1997 dans l'affaire *Victor Pey Casado et Fondation Président Allende c. la République du Chili* (cas CIRDI No. ARB-98-2-réexamen), §61 : « *Les parties Demanderesse exposeront les préjudices résultant des comportements de la République du Chili constituant des violations de l'API (5.1) ainsi que les critères de réparation applicables (5.2) et l'évaluation des dommages intérêts (5.3) au titre de la violation de l'article 4 de l'API* », accessible dans <https://bit.ly/2iuQ9oH>

l'autorité ayant rendu le premier jugement, que leur preuve ait pu être offerte au besoin et que l'autorité en question ait pu les prendre en considération»³⁶¹ (soulignement ajouté).

En l'espèce, il manque à la SR du CIRDI les trois conditions de cet arrêt du TSF, le TR ayant considéré qu'il n'avait pas de compétence *ratione temporis* pour les questions surgies après le 3 novembre 1997 (or toute la preuve produite par les Demanderesses devant le TR portait sur le dommage causé par des infractions à l'API commises après le 28 avril 2000 et notamment après le 8 mai 2008).

208. En effet, lorsque la SR a considéré que les différends surgis entre les parties après le 3 novembre 1997 -ce qui comprend les violations de l'API résidant essentiellement dans la Décision n°43 [du 28 avril 2000] et le déni de justice qui lui est lié (SI, §§464, 623, 674, 679)- et a fortiori après le 8 mai 2008, et les dommages causés par les violations de l'API à ces dates, étaient hors sa compétence, la SR a pris soin de préciser que

«le champ de compétence de ce Tribunal (...) est limité (...) exclusivement au « différend » ou aux parties de celui-ci qui demeurent après l'annulation [du point 4 du Dispositif de la SI]. Ces termes ne peuvent être interprétés que comme une référence au « différend » qui avait été initialement soumis à l'arbitrage, différend pour lequel la date critique était la requête d'arbitrage initiale des Demanderesses [du 3 novembre 1997]. Les questions qui ont surgi entre les Parties après cette date – et a fortiori les questions découlant d'une conduite postérieure à la Sentence [initiale, du 8 mai 2008]– ne peuvent pas, même avec un gros effort d'imagination, entrer dans le champ de la procédure de nouvel examen (...).»³⁶²
[Soulignement ajouté].

³⁶¹ Pièce C499, ATF 4A 508/2013, du 27 mai 2014, §4.2.1

³⁶² Pièce C39, SR, §216. Version anglaise originale : « *the jurisdiction of the present Tribunal (...) is limited (...) exclusively to 'the dispute' or such parts of it as remain in being after the annulment. That can only be taken to refer to 'the dispute' that had been submitted to arbitration in the first place, the critical date for which was the Claimants' original request for arbitration. Issues arising between the Parties after that date – and still more so issues arising out of post-Award conduct – cannot by any stretch of the imagination fall within the scope of resubmission proceedings under the provisions cited above, and the Tribunal sees no need to say more about the matter in this Award.* »

209. La Sentence initiale³⁶³ avait, en effet, considéré que le différend soumis dans la Requête initiale³⁶⁴- fondé sur l'invalidité *ab initio* du Décret de 1975 et consistant en un acte continu d'expropriation de l'investissement depuis 1975 jusqu'après l'entrée en vigueur de l'API- était hors la compétence du Tribunal arbitral compte tenu du fait que « à la connaissance du Tribunal, la validité du Décret n°165 n'a pas été remise en cause par les juridictions internes et ce décret fait toujours partie de l'ordre juridique interne chilien » (SI, §§601-603, 605, 608, 620)

210. La SR a ainsi exclu explicitement de sa compétence ce qui constituait l'objet de la Demande de réexamen du 18 juin 2013 devant le CIRDI, à savoir la détermination du montant de l'indemnisation due par l'État du Chili pour les violations de l'API *résidant dans la Décision n°43* [du 28 avril 2000], *le déni de justice qui lui est lié* (SI, §§464, 623, 674, 679) et les violations postérieures au 8 mai 2008 qui ont dévoilé la portée des dommages causés par l'articulation de la Décision 43 avec le déni de justice

« Le seul objet de la procédure de nouvel examen est d'évaluer les dommages-intérêts dus en raison du déni de justice et de la discrimination subis par les Demanderesses. (...) La réparation appropriée que devrait ordonner le Tribunal serait de replacer les Demanderesses dans la situation qui aurait été la leur, si elles avaient été en mesure de se prévaloir du jugement du Tribunal de Santiago dans l'affaire de la rotative Goss avant le prononcé de la Sentence Initiale, ou dans une situation où elles n'auraient pas subi de traitement discriminatoire par rapport aux autres investisseurs chiliens. Les Demanderesses soutiennent que les agissements des représentants de la Défenderesse [1] au cours des phases antérieures de l'affaire, et [2] en particulier pendant la phase postérieure à la Sentence Initiale (...) constituent une nouvelle violation de l'article 4, et éventuellement de l'article 5, du TBI »³⁶⁵, [mais] « des allégations de cette nature devraient faire l'objet d'un processus de production d'éléments de preuve en bonne et due forme avant de pouvoir convenablement donner lieu à une décision dans une procédure arbitrale (et elles seraient effectivement soumises à un tel processus). (...) l'ensemble de cet argument n'entre

³⁶³ **Pièce C14**, Sentence initiale : §§444, 445 : « Les parties demanderesses situent ainsi la première controverse après le 29 mai 1995, date à laquelle le juge de la Huitième Chambre du Tribunal correctionnel de Santiago a ordonné la restitution des titres de propriété de CPP S.A., des contrats de cession de ces titres et des justificatifs de paiement du prix. (...) **Le différend se cristallise au cours des échanges ultérieurs entre M. Pey Casado et le gouvernement chilien** (...) **Le 10 janvier 1996**, M. Pey Casado réitère sa demande de restitution auprès du Président de la République » ; §447 : « Le premier différend allégué étant postérieur à l'entrée en vigueur de l'API Espagne-Chili, la condition de compétence se trouve satisfaite à son égard » (soulignement ajouté) ; §630 : « **Le 3 novembre 1997**, les demanderesses déposent leur requête d'arbitrage auprès du CIRDI. » Cette Requête initiale des Demanderesses du *dies ad quem* de la compétence du TR selon la SR figure dans la **pièce R-004**

³⁶⁴ **Pièce C553**, Requête initiale des Demanderesses du 3 novembre 1997

³⁶⁵ **Pièce C39**, SR, §§49-50. Voir ces paragraphes dans le Mémoire de la procédure de réexamen du 27 juin 2014 (**pièce C506**) : « 49. Or, dans le cadre de ce débat il sera spécifiquement confirmé que la privation de la preuve de l'absence de titre de l'État défendeur sur l'investissement est le modus operandi du déni de justice, dont il s'agit d'effacer les effets. 50. En l'espèce, le nouveau Tribunal arbitral dispose de toute latitude pour effacer entièrement l'effet du déni de justice après en avoir percé à jour la nature, l'intention et la portée exactes. »

clairement pas dans le champ de compétence de ce Tribunal. (...) Les questions qui ont surgi entre les Parties après cette date – et a fortiori les questions découlant d’une conduite postérieure à la Sentence – ne peuvent pas, même avec un gros effort d’imagination, entrer dans le champ de la procédure de nouvel examen”³⁶⁶

Les « phases antérieures de l’affaire » sont dans ces paragraphes de la SR et leur contexte celles qui ont eu lieu entre la date critique du 3 novembre 1997 et celle de la SI du 8 mai 2008, c’est-à-dire les agissements de l’État résidant essentiellement dans la *Décision n°43* [du 28 avril 2000] et le déni de justice qui lui est lié (SI, §§464, 623, 674, 679)³⁶⁷).

211. La SR de poursuivre :

*« Les décisions sollicitées par les Demanderesses figurent au paragraphe 514 de leur Mémoire. (...) Les trois premières demandes sont relatives à la réparation du préjudice subi du fait des **violations de l’article 4 du TBI par la Défenderesse** ainsi qu’au titre du manque à gagner, ou, subsidiairement, au remboursement de l’enrichissement sans cause de la Défenderesse (...) ».*³⁶⁸

En effet, le §514 de la Demande des Demanderesses du 27 juin 2014 affirme :

*« En conséquence des développements précédents, et en application de l’article 52(6) de la Convention de Washington, les parties Demanderesses sollicitent du Tribunal arbitral : (1) Qu’il condamne la République du Chili à payer aux Demanderesses la somme de (...), valeur au 27 juin 2014 à actualiser au jour de la Sentence à intervenir, au titre de la réparation intégrale du préjudice matériel subi **du fait des violations de l’article 4 de l’API** par la République du Chili (...) »*³⁶⁹ ;

et les demandes adressées au TR dans la Réplique du 9 janvier 2015 réitèrent:

*« En conséquence des développements précédents, et en application de l’article 52(6) de la Convention de Washington, les parties Demanderesses sollicitent du Tribunal arbitral : « (1) Qu’il condamne la République du Chili à payer aux Demanderesses la somme de 338,3 millions USD, valeur au 7 janvier 2015 à actualiser au jour de la Sentence à intervenir, au titre de la réparation intégrale du préjudice matériel subi **du fait des violations de l’article 4 de l’API** par la République du Chili ». »*³⁷⁰

³⁶⁶ **Ibid.**, §216

³⁶⁷ Voir la **pièce C35**, Demande complémentaire pour déni de justice soumise par les Demanderesses le 4 novembre 2002

³⁶⁸ **Pièce C39**, SR, §89

³⁶⁹ **Pièce C506**, Mémoire en Réexamen du 27 juin 2014

³⁷⁰ **Pièce C554**, *petitum* de la Réplique des Demanderesses du 9 janvier 2015 (Procédure de réexamen)

L'article 52(6) de la Convention du CIRDI dispose :

“(6) Si la sentence est déclarée nulle, le différend est, à la requête de la partie la plus diligente, soumis à un nouveau Tribunal constitué conformément à la section 2 du présent chapitre.”

212. La SR a ainsi résolu la possible contrariété entre celle-ci et la SI dès lors que la SR a délimité sa compétence *ratione temporis* pour déterminer le montant de l'indemnisation aux questions surgies entre les parties avant « la date critique » - celle de la Requête initiale d'arbitrage, c'est-à-dire le 3 novembre 1997.

Conclusion confirmée par le 2^{ème} Comité *ad hoc* dans sa Décision du 15 mars 2018³⁷¹ :

§80. « (...) ces principes [de la chose jugée et litispendance] ne s'appliquent pas à de nouvelles demandes, c'est-à-dire à des demandes qui résultent prétendument de violations du TBI qui se sont produites après le début de la procédure arbitrale dans la présente affaire. Pour reprendre les termes employés par le Tribunal de Nouvel Examen, ' la date critique ' est la date de la requête d'arbitrage initiale des Demanderesses, soit le 3 novembre 1997. »

En cas de contrariété, la *res iudicata* de la Sentence initiale de 2008 prévaudrait sur d'éventuelles conclusions opposées figurant dans celle de 2016

213. L'efficacité de l'article 10 de l'API et des articles 53 et 48(3) de la Convention du CIRDI requièrent que toute éventuelle contrariété qui existerait dans le raisonnement et la décision de ce qui fait l'objet de la SR soit écartée du présent arbitrage CNUDCI dès lors que cette contrariété dans la SR se heurterait à des faits, des raisonnements ou des décisions de la SI *res iudicata* -en particulier aux §§665-674 et aux pp. 2 et 3 du Dispositif de cette dernière- ou serait contraire à l'ordre public international.

214. Il ne s'agit pas pour le présent Tribunal CNUDCI d'assainir ni d'éliminer ou de modifier d'éventuelles contrariétés dans ce qui constitue le seul objet de la SR en rapport avec la SI (la fixation du *quantum* de la compensation) mais de prévenir ou de limiter, le cas échéant, certains de leurs effets éventuels, en établissant des critères permettant de choisir entre les décisions celle qui sera efficace dans l'ordre juridique du for.

³⁷¹ Pièce C461, Décision du 2^{ème} Comité *ad hoc* du 15 mars 2018, §§78-80

215. La double reconnaissance de décisions éventuellement inconciliables dans la SR en rapport avec la cause et l'objet de la SI constituerait un mépris à l'égard de la Convention du CIRDI dont le cadre **dominant** est celui de la SI *res iudicata*, et serait contraire à l'ordre public international.³⁷²

216. Selon le Tribunal Fédéral Suisse :

«Il est contraire à l'ordre public qu'il existe, dans un ordre juridique déterminé, deux décisions judiciaires contradictoires sur la même action et entre les mêmes parties, qui sont également et simultanément exécutoires (cf. ATF 116 II 625 consid. 4a).

Pour éviter une telle situation, il existe fondamentalement deux principes: la litispendance et l'autorité de chose jugée (ATF 114 II 183 consid. 2a et les références citées). Lorsqu'un juge est saisi d'une cause déjà pendante devant un autre, le principe de la litispendance lui interdit de statuer avant une décision définitive dans la première procédure; ce premier mécanisme a donc pour effet de paralyser la compétence du juge saisi en second lieu. Quant à l'autorité de chose jugée, ce principe interdit au juge de connaître d'une cause qui a déjà été définitivement tranchée; ce mécanisme exclut définitivement la compétence du second juge.

Les mécanismes qui viennent d'être rappelés ne sont pas seulement applicables sur le plan interne. Selon l'ordre juridique suisse, ils valent également sur le plan international, à la condition que le jugement étranger puisse être reconnu en Suisse (ATF 114 II 183 consid. 2b p. 186 et les références citées). Sous réserve des traités internationaux, les règles applicables sur le plan international sont contenues aux art. 9 LDIP (litispendance) et 27 al. 2 let. c LDIP (autorité de chose jugée). »³⁷³

En l'espèce, la Suisse ayant ratifié la Convention du CIRDI et la Convention Européenne des DD.H H., conformément à l'article 54 de la première et aux articles 6.1 et 14 et à l'article 1^{er} du Protocole additionnel de la seconde, le TSF est tenu de reconnaître dans ces termes la SI, la Décision du 1ere Comité *ad hoc* et la SR comme obligatoires, comme s'il s'agissait d'un jugement définitif d'un tribunal fonctionnant sur le territoire de la Confédération suisse.

³⁷²L'article 190.XII(e) de la LDIP suisse dispose que la Sentence arbitrale peut être attaquée lorsqu'elle est incompatible avec l'ordre public

³⁷³ Trib. Fédéral Suisse, 14 mai 2001, affaire *Fomento*, ATF 127 III 279 [Pièce C509]; Bull. ASA 2001, p. 544 et les notes de Vuillemin J.M.), p. 439, et de Scherer (M.), p. 451 ; Rev. Arb. 2001, p. 835, note de Poudret (J.F.) ; Arb. Int. 2002, vol. 18, n° 1, p. 137, note Oetiker (Ch.)»

217. Le TSF suisse est également tenu de reconnaître l'inexistence de litispendance en l'espèce

- i. dès lors que l'article 9.XI de la loi fédérale suisse du 18 décembre 1987, sur le droit international privé, détermine l'existence de litispendance

« lorsqu'une action ayant le même objet est déjà pendante entre les mêmes parties à l'étranger, le tribunal suisse suspend la cause s'il est à prévoir que la juridiction étrangère rendra, dans un délai convenable, une décision pouvant être reconnue en Suisse »³⁷⁴

- ii. et que l'article 181 de la LDIP dispose que

« l'instance arbitrale est pendante ... dès que l'une des parties engage la procédure de constitution du Tribunal arbitral. »

218. En l'espèce la présente procédure a été engagée le 12 avril 2017, la date de la Notification d'arbitrage adressée à l'État du Chili sous les Règles de la CNUDCI, conformément aux articles 10(1) et 10(3) de l'API Espagne-Chili.³⁷⁵

À cette date n'était pendante entre les mêmes parties aucune instance ayant le même objet et la même cause que la Notification et le **Mémoire** d'arbitrage, les parties, l'objet et la cause réelle de celles-ci étant différents de ceux sur lesquels les Tribunaux du CIRDI ont établi leur compétence et ont prononcé les Sentences des 8 mai 2008 et 13 septembre 2016.

219. Cette conclusion est confirmée par le fait que le seul objet de la procédure en annulation de la SR, initiée devant le CIRDI le 10 octobre 2017, étant les motifs des alinéas a), b), d) et e) de l'article 52(1) de la Convention du CIRDI, la décision à venir ne peut avoir d'incidence sur l'objet et la cause de la procédure CNUDCI, comme l'a reconnu tacitement le 2^{ème} Comité *ad hoc* en rejetant l'injonction de l'État chilien dans la Décision du 15 mars 2018.³⁷⁶

220. En tout état de cause, une éventuelle contrariété entre la SI et la SR devrait être résolue au profit de la première en date. Ce choix est le résultat de l'application d'un

³⁷⁴ Loi fédérale suisse du 18 décembre 1987 sur le droit international privé, accessible dans <https://bit.ly/2NQlnC7>

³⁷⁵ Pièce C6

³⁷⁶ Pièce C461, §§76-81

critère chronologique conforme au mécanisme de la chose jugée invoqué par les Demanderesses. Une décision qui aurait méconnu l'autorité de la chose jugée d'une décision antérieure n'aurait pas dû être rendue.³⁷⁷

221. Il s'ensuit que cette partie de l'exception n° 1 sur la compétence du Tribunal arbitral est dénué de fondement.

Rappel de la respectueuse demande de modifier la rédaction actuelle du §40 de l'«Historique » de la Décision sur la bifurcation

222. Afin d'éviter toute influence préjudiciable dans le processus décisionnel du Tribunal arbitral relatif à sa compétence, et sans interférer dans son appréciation juridique des faits, le Tribunal est respectueusement prié de noter

a) En premier lieu, la différence existant entre

- d'une part, les fondements de la Demande du 18 juin 2013 en vue de fixer le *quantum* de l'indemnisation que la SI a condamné l'État à verser aux investisseurs pour les manquements au traitement juste et équitable, en ce compris le déni de justice, régis par l'article 4 de l'API, commis à partir du 28 avril 2000 (voir les §§205-212 *supra*)-

- et, d'autre part, la contradiction existant dans la rédaction actuelle du §40 de la Décision sur la bifurcation du 27 juin 2018 -fondée sur l'article 5 de l'API (expropriation), à savoir: «*dans la Procédure de réexamen les Demandeurs (...) ont demandé une indemnisation au titre de l'expropriation de leurs biens qui avait eu lieu en 1973* », cette demande n'ayant en aucune façon été formulée ni le 18 juin 2013 ni après;

b) en deuxième lieu, l'étendue plus large de l'incompétence de la SR à l'égard de ce qui était l'objet de la Demande du 18 juin 2013, à savoir les

³⁷⁷ Les Demanderesses comprennent que les principes appliqués en droit suisses ne sont pas différents de ceux établis de manière particulièrement claire dans l'article 617 du Code de Procédure civile français lequel dispose : « *La contrariété de jugements peut être invoquée lorsque la fin de non-recevoir tirée de l'autorité de la chose jugée a en vain été opposée devant les juges du fond. En ce cas, le pourvoi en cassation est dirigé contre le jugement second en date ; lorsque la contrariété est constatée, elle se résout au profit du premier.* »

«actions de la Défenderesse, depuis la transmission de la Sentence Initiale [le 8 mai 2008 qui] ont constitué un nouveau déni de justice, au titre duquel une compensation est due et peut être accordée dans la présente procédure de nouvel examen»,

le champ de compétence que s'est attribué la SR étant

« limité (...) au 'différend' qui avait été initialement soumis à l'arbitrage, différend pour lequel la date critique était la requête d'arbitrage initiale des Demanderesses. Les questions qui ont surgi entre les Parties après cette date [du 3 novembre 1997]– et a fortiori les questions découlant d'une conduite postérieure à la Sentence [du 8 mai 2008]– ne peuvent pas, même avec un gros effort d'imagination, entrer dans le champ de la procédure de nouvel examen (...) »³⁷⁸ (soulignement ajouté).

« Troisièmement, la Défenderesse souligne que les Demandeurs sollicitent le remboursement de leurs frais encourus lors de la Première Procédure, de la Procédure de révision, de la Première Procédure d'annulation, de la Procédure supplémentaire et d'une procédure d'exécution en Espagne relative à la Première Sentence. La Défenderesse affirme que les Demandeurs ont déjà porté cette demande devant le Tribunal de réexamen.

À son avis, les demandes des Demandeurs relatives à ces procédures CIRDI sont proscrites par le principe de la chose jugée qui est applicable aux décisions portant sur les frais rendues au terme de chacune des procédures par les tribunaux CIRDI respectifs. Ces décisions ne peuvent être réexaminées en l'espèce. La demande concernant les frais relatifs aux procédures d'exécution espagnoles est, selon la Défenderesse, également proscrite par le principe de la chose jugée, car le tribunal espagnol compétent a décidé que seule une partie des honoraires d'avocats était recouvrable. La Défenderesse ajoute qu'elle a déjà payé aux Demandeurs les montants des frais établis par les tribunaux CIRDI, ainsi que par le jugement du tribunal espagnol. »

223. Rappelons d'emblée que l'État du Chili avait explicitement soutenu devant le TR le manque de compétence de celui-ci, soutenant, entre autre :

³⁷⁸ Pièce C39, SR, §§216 et 244 *in fine*

- que les « *demandes relatives aux frais et honoraires d’avocat (...) sont dépourvues d’un lien suffisant avec les (...) violations du TBI qui tombent dans le champ de la procédure de nouvel examen (...)* »³⁷⁹ ;

- que « *la demande des Demanderesses relative aux frais exposés au cours des phrases (sic) antérieures du différend est hors du champ de la procédure de nouvel examen.* »³⁸⁰

224. Dans le système juridique international dont le Chili fait partie, la jurisprudence de la Cour Interaméricaine des droits de l’Homme accorde normalement ce qui est requis pour *compensate the costs and expenses incurred before the authorities of the domestic jurisdiction, as well as those generated throughout the proceedings before the Inter-American System.*³⁸¹

225. Les investisseurs soumettent que, dans la présente procédure, après la condamnation de l’Etat du Chili pour violation de l’article 4 de l’API par la Sentence du 8 mai 2008, le principe *de réparation intégrale* doit être pris en considération en rapport avec la compensation aux investisseurs de tous les frais et coûts encourus par ceux-ci pour soutenir la défense de leurs droits sur l’investissement dans les litiges où sont présentes les exigences de

- Rapport immédiat et nécessaire des actions illicites de l’État chilien avec la *causa petendi* et les actions des investisseurs exercées dans chacun de ces litiges, où l’État a systématiquement soutenu des propositions qui ont prolongé très considérablement la durée du litige et augmenté énormément les frais que les Demanderesses ont dû supporter pour le soutenir.

- Causalité, compte tenu du lien évident entre les actions discriminatoires et de déni de justice de l’Etat chilien après l’entrée en vigueur de l’API, prises dans leur ensemble et les dommages et préjudices qu’ont dû supporter les investisseurs pour défendre les droits que leur confèrent, notamment, les articles 1, 2(2), 3 et 4 de l’API et l’article 7 de la Constitution chilienne, dans tous ces litiges pendant plus de 21 années

226. L’exception relative aux dommages consécutifs accessoires entraînés par la défense de l’investissement depuis le 8 mai 2008 concerne une controverse qui entre dans le champ d’application des articles 10(1) et 10(3) de l’API.

³⁷⁹ Pièce C39, SR, §132

³⁸⁰ Ibid., §136, dans sa version anglaise : « *The Respondent argues that the Claimants’ request for costs incurred in prior phases of the dispute is outside the scope of the Resubmission Proceeding.* »

³⁸¹ Pièce C225e, affaire *Salvador Chiriboga c. Ecuador*, Judgment 3 Mars 2011, Reparations and costs, ¶ 141; Pièce C227, affaire *Ivcher Bronstein v Peru*, Judgement 6 Février 2001, Merits, reparations and costs, ¶ 191(10)

En l'absence de *res iudicata* et de litispendance, l'objection de la Défenderesse est dénuée de fondement.

En l'espèce, la controverse relative aux dommages consécutifs soumise devant le Tribunal de réexamen n'a pas été tranchée. La SR a omis dans ses fondements et dans son Dispositif toute mention ou considération à ce sujet. Elle a considéré hors sa compétence toute question surgie entre les parties après la date critique du 3 novembre 1997 et, *a fortiori*, après la Première Procédure³⁸², dont, par définition, la partie des dommages consécutifs qui depuis le 8 mai 2008 n'a pas encore été compensée (celle qui l'a été n'est, bien entendu, pas objet de controverse). Il n'y a donc pas de *res iudicata* ni de *lis pendens*.

227. Conformément au droit international coutumier, la finalité du dédommagement étant « *d'effacer toutes les conséquences de l'acte illicite et rétablir l'état qui aurait vraisemblablement existé si ledit acte n'avait pas été commis* »³⁸³, ce standard Chorzów exige que soit comparée la situation financière actuelle des investisseurs avec celle qui aurait vraisemblablement été la leur en l'absence des actions illicites commises par l'État du Chili depuis le 8 mai 2008.

228. Selon le commentaire à l'article 36 du Projet de convention de la CDI sur la responsabilité de l'Etat pour fait internationalement illicite:

*Il est bien établi que les dépenses accessoires donnent lieu à indemnisation si elles sont raisonnablement engagées pour remédier aux dommages ou atténuer d'une autre manière les pertes découlant de la violation.*³⁸⁴

229. Ripinsky et William concluent dans leur analyse de la jurisprudence arbitrale que

*Where the claimant has been denied justice in domestic courts in breach of an international obligation, and the loss of legal expenses is a result of such breach, it would be legitimate to treat them as incidental expenses in a subsequent international arbitration*³⁸⁵.

³⁸² Pièce C39, SR, §§216 et 144 *in fine*

³⁸³ Pièce C246, *Affaire relative à l'Usine de Chorzów*, CII, Série A n° 17, 13 ; Pièce C250, arts. 31 et 36 du *Projet d'articles de la CDI sur la responsabilité de l'Etat pour fait internationalement illicite* de la CDI ; Pièce C304, *AMT v Zaïre*, Award, 21 Février 1997, ¶ 6.21 ; Pièce C266,, *SD Myers v Canada*, Partial Award, 13 Novembre 2000, ¶ 315 ; Pièce C305, *Petrobart v Kyrgyz Republic*, Award, 29 Mars 2005, page 78

³⁸⁴ Pièce C250, *Projet de convention de la CDI sur la responsabilité de l'Etat pour fait internationalement illicite*, page 283, ¶34

³⁸⁵ Pièce C131, Ripinsky (S.)-Williams (K.): *Damages in International Investment Law*, cité, 7.4.2(a), *Past incidental expenses*

En l'espèce, le déni de justice de la part de l'État, avec comme effet la privation pendant treize années de la possibilité de faire valoir l'invalidité du Décret 165 *ab initio*, a eu également lieu devant les Tribunaux internationaux, comme il a été étayé dans la SI (§674, *res iudicata*) et dans le **Mémoire**, une question jointe au fond de l'affaire par le Tribunal arbitral.

230. La CPIJ et la CJI ont appliqué la méthode subjective et différentielle pour l'évaluation des dommages découlant d'actes illicites des États pour tous les dommages concrets et actuels causés par les actes illicites, par exemple dans les affaires *Wimbledon*³⁸⁶ et *Canal de Corfou*³⁸⁷.

231. Ce principe est appliqué, avant et après la sentence de la CIJ dans l'affaire *Usine de Chorzów*, par les tribunaux arbitraux qui ont eu à satisfaire la "*restitutio in integrum*".

232. Dans l'affaire *Occidental Petroleum v Ecuador* le Tribunal a conclu ce qui suit:

90. There are two preliminary issues with respect to the Claimants' claims for consequential damages. The Respondent maintains that such claims are not recoverable under international law or Ecuadorian law. The Claimants disagree. They argue firstly that the remedies for any violation of the Treaty is "by necessity" governed by international law because every treaty breach is a breach of international law.

791. The Tribunal agrees with the Claimants. Numerous tribunals have so held.⁽¹⁶⁵⁾³⁸⁸

233. La Sentence de l'affaire *CIRDI Oko Bank et al v. Estonia*³⁸⁹ a accordé le remboursement avec des intérêts composés des frais des litiges -*legal fees, stamp duties, time spent by in-house counsel, in the Estonian Courts (and elsewhere)*- encourus par les investisseurs :

All these costs were reasonably incurred and related to the Banks' efforts to get their investment repaid, directly or indirectly. If the investment had been properly protected by the Respondent under the BITs, these costs and expenses would either not have been incurred or would have

³⁸⁶ **Pièce C429**, *Affaire du Vapeur Wimbledon* (Gr. Br., Fr., It., Jap. c Allemagne), Arrêt, 17 Août 1923, CPIJ 1923 Ser A, No 1, 15, page 3

³⁸⁷ **Pièce C430**, *Affaire du Canal de Corfou (U.K. c Albanie)*, Fixation du montant des réparations, Arrêt, 15 décembre 1949, ICJ Reports 1949, pages 243, 247 et ss

³⁸⁸ **Pièce C289**, *Occidental Petroleum Corporation and Occidental Exploration and Production Company v. Ecuador*, ICSID Case No ARB/06/11, Award, 5 Octobre 2012, note 165: «See, e.g., *Siemens A.G. v. The Argentine Republic* (ICSID Case No. ARB/02/8), Award of 6 Février 2007 at paragraph 352; *Watkins-Johnson v. The Islamic Republic of Iran*, Award of 27 Juillet 1989, reprinted in *Iran-U.S. C.T.R.*, volume 22 (1990) 218 at paragraphs 114-117; *Uiterwyk v. The Islamic Republic of Iran*, Partial Award of 6 Juillet 1988, reprinted in *Iran-U.S. C.T.R.* 107 at paragraph 117"»

³⁸⁹ **Pièce C333**, *Oko Pankki Oyj, VTB Bank (Deutschland) AG and Sampo Bank Plc v. The Republic of Estonia*, ICSID Case No. ARB/04/6, Award, 19 Novembre 2007, ¶¶ 309, 365, 366, 367, 376.3(IV) et 376.4(V)

been recovered from RAS Ookean and its assets. Thus, such costs are part of the damages for which the Respondent is liable, as determined above. The Tribunal therefore accepts the amounts claimed by the Banks as further compensation, together with interest as decided separately below.

234. La Sentence du 18 juillet 2014 dans l'affaire *Youkos Universal Limited (Isle of Man) c. Fédération de Russie* a également appliqué le standard *Chorzów* aux *consequential damages* de la violation d'une obligation établie dans un traité international.³⁹⁰

235. La Sentence de l'affaire *Robert May (U.S. v. Guatemala)*, a considéré que font partie du *damnum emergens* de l'acte internationalement illicite les frais encourus dans la défense des droits de l'investisseur, le temps que celui-ci a consacré à cette fin, sa *grave anxiety of mind*, et a condamné l'Etat défendeur à le dédommager à ce titre.³⁹¹

236. La Sentence arbitrale de l'affaire *Walter Fletcher Smith (U.S. v Cuba)* a inclus dans le *quantum* des dommages dus à la victime des actes illicites de l'Etat "*the expense to which he has been put in defending his rights*"³⁹².

237. La Sentence de l'affaire *Shufeldt (U.S. v. Guatemala)* a condamné l'Etat Défendeur à dédommager l'investisseur pour avoir été *suddenly thrown out of business, the time and expenses incurred in endeavoring to come to a settlement with the Government of Guatemala and then in trying to get the United States Government to espouse his cause.*³⁹³

238. La Sentence de l'affaire *Southern Pacific Properties v. Egypt*³⁹⁴ a rejeté l'objection de *res iudicata* et a condamné le Défendeur à rembourser comme des frais « *relating to the present proceedings* » ceux encourus par le Demandeur dans des procédures antérieures à celle de la Sentence CIRDI de 1992, y compris les frais encourus auprès de tribunaux autres que celui du CIRDI.

239. La Sentence de l'affaire CIRDI *Autopista Concesionada v. Venezuela* a appliqué directement la loi du Venezuela et a rejeté l'objection de l'Etat Défendeur à rembourser des

³⁹⁰ **Pièce C334**, Affaire *Youkos Universal Ltd c. Fédération de Russie*, Cour Permanente d'Arbitrage ; arbitres MM. Y. Fortier, C. Poncet, S.M. Schwebel, Sentence du 18-07-2014, pp. 1773-1774

³⁹¹ **Pièce C335**, Affaire *Robert H. May (U.S. v. Guatemala)*, Award, 16-11-1900, pages 72-75

³⁹² **Pièce C337**, *Walter Fletcher Smith (U. S. v Cuba)*, Award of 2 Mai 1929, page 918

³⁹³ **Pièce C338**, Affaire *Shufeldt (U.S. v. Guatemala)*, Award, 24-07-1930, page 1101

³⁹⁴ **Pièce C153**, *Shouthern Pacific Properties v. Egypt*, ICSID Case No. ARB/84/3; arbitres MM. Jiménez de Aréchaga, M. A. El Mahdi, R. P. Pietrwski; Award, 20-05-1992, ¶¶ 205-211 et 257

frais encourus en dehors de la procédure arbitrale par l'investisseur visant à *opposer résistance* à des actions d'une branche de l'Etat Défendeur concernant l'investissement.³⁹⁵

240. La Sentence de l'affaire *SOB v. Slovakia* a condamné l'Etat Défendeur à rembourser les *associated costs* encourus par l'investisseur en rapport avec le différend soumis à l'arbitrage, en plus des *costs, expenses et counsel fees* encourus dans la procédure arbitrale proprement dite.³⁹⁶

241. La Sentence de l'affaire *ADC v Hungary* a considéré que *were the Claimants not to be reimbursed their costs in justifying what they alleged to be egregious conduct on the part of Hungary it could not be said that they were being made whole.*³⁹⁷

242. Les différends en question, tous relatifs à la défense de l'investissement protégé par l'API et des droits qui en découlent, n'ont pas été tranchés et entrent dans le champ de la compétence établi aux articles 10(1) et 10(3) de l'API.

243. En conséquence cette objection à la compétence du Tribunal est parfaitement dénuée de fondement.

Quatrièmement, la Défenderesse soutient que Mme Pey Grebe et la Fondation tentent d'obtenir des dommages-intérêts au titre du préjudice moral subi [1] pour des faits qui ne relèvent pas du champ d'application temporel du Traité (l'expropriation d'El Clarín) ou pour divers autres faits (le traitement réservé à M. Pey Casado par la dictature militaire ; [2] les déclarations des autorités chiliennes selon lesquelles M. Pey Casado n'était pas le véritable propriétaire d'El Clarín ; [3] la conduite considérée dans la Première Sentence comme enfreignant le Traité ; [4] la prétendue tentative du Chili de dissimuler la décision du 24 juillet 2008 ; et [5] l'inexécution alléguée de la Première Sentence) pour lesquels des demandes similaires pour préjudice moral ont été portées devant le CIRDI. La Défenderesse soutient que ces demandes sont proscrites [6] par l'exclusivité de la procédure CIRDI et [7] par la clause d'élection de for de l'API

³⁹⁵ **Pièce C339**, *Autopista Concesionada v. Venezuela*, ICSID Case No. ARB/00/5; arbitres Mme. G. Kaufmann-Kohler, MM. K. H. Böckstiegel, B. Cremades; Award, 23-09-2003, ¶¶ 270-274, 275, 277

³⁹⁶ **Pièce C340**, *CSOB v. Republic of Slovakia*, ICSID case No. ARB/97/4; arbitres MM. H. van Houtte, P. Bernardini, A. Bucher ; Award, 21 décembre 2004, ¶ 370-372

³⁹⁷ **Pièce C139**, *ADC Affiliate Ltd and ADC & ADMC Management Ltd v Republic of Hungary*; Arbitres MM. N. Kaplan, Ch. Brower, A. J. van den Berg ; Award, 2 octobre 2006, ¶ 533

244. Le différend à ce sujet entre les parties porte sur l'application en l'espèce de la loi chilienne en matière de dommage moral conformément à l'article 10(4) de l'API.³⁹⁸

A l'objection [1] les Demanderesses opposent ici la force contraignante de l'article 2(2) de l'API Espagne-Chili tel qu'interprété dans l'affaire *Pey et FPA c. le Chili* par le Tribunal initial, et dans l'affaire *Vieira c. le Chili*³⁹⁹ par le Comité *ad hoc* cité dans les §§87-89 *supra*. Les faits survenus avant l'API ont été présentés pour évaluer le montant du préjudice moral et non pour établir la compétence du présent Tribunal arbitral sur les différends ayant trait à des faits postérieurs à la date critique du 3 novembre 1997 et, notamment, à la date du 8 mai 2008.

245. Rappelons que l'État du Chili avait explicitement soutenu devant le TR le manque de compétence de celui-ci, soutenant que les « *demandes relatives (...) à la demande de réparation du préjudice moral (...) sont dépourvues d'un lien suffisant avec les (...) violations du TBI qui tombent dans le champ de la procédure de nouvel examen (...)* ». ⁴⁰⁰

En effet, les objections [2] [3], [4] et [5] portent sur le préjudice moral causé par des manquements de l'État du Chili après le 8 mai 2008 à l'obligation établie à l'article 4 de l'API, et dans la Sentence arbitrale initiale, de traiter les investisseurs/Demandeurs de manière juste et équitable et de s'abstenir de tout déni de justice.

L'État du Chili ne justifie pas que les différends surgis entre les parties à cause de ces actes postérieurs au 8 mai 2008, ne relèveraient pas de la compétence du présent Tribunal arbitral, comme il a été étayé *supra* dans l'Introduction et les §§10(2)-15, 19, 22-26, 107-110, 112-118, 126-128, 146, 151-157, 178, 193, 206-212, 222, 226, 244, 260-263

En outre, le Défendeur ne peut pas démentir que la SR les a considérés hors sa compétence (SR, §§216 et 244 *in fine*).

246. Le retour à l'objection [6] a fait l'objet d'une réponse *supra* dans la section IV.1 et les §§32-35.

³⁹⁸ Voir le **Mémoire**, pages 272-278

³⁹⁹ **Pièce C513e**, Décision du Comité *ad hoc* du 10 décembre 2010 dans l'affaire *Vieira c. le Chili*, CIADI No. ARB/04/7), prononcée par M. Christer Söderlund et les Profs. Piero Bernardini et Silva Romero. M. Bernardini a fait également partie du Comité *ad hoc* qui a interprété et appliqué l'API Espagne-Chili dans la Décision du 18 décembre 2012 de l'affaire *Pey Casado et Fondation Président Allende c. l'État du Chili*

⁴⁰⁰ **Pièce C39**, SR, § 132

247. Le retour à l'objection [7] a également fait l'objet d'une réponse *supra*, dans la section III.4 et les §§150-157.

248. Bref, les différends en question sont tous relatifs à l'investissement, entrent dans le champ de la compétence établi aux articles 10(1) et 10(3) de l'API et n'ont pas été tranchés.

249. En conséquence, cette objection à la compétence du Tribunal est tout aussi dénuée de fondement.

**

EXCEPTION N° 2 : l'API ne s'appliquerait à aucune des demandes formulées

I

La Défenderesse fait valoir que les dispositions du Traité sur lesquelles se fondent les Demandeurs (articles 3, 4 and 5)²² supposent toutes l'existence d'un investissement sur le territoire du Chili à la date des violations alléguées de l'API. La Défenderesse soutient que, selon la manière dont les Demandeurs caractérisent leurs demandes, les événements sur lesquels se fonde la présente procédure sont survenus après le 24 juillet 2008, date de la décision rendue par le Tribunal civil de Santiago. Toutefois, selon la Défenderesse, les Demandeurs ne possédaient pas, au 24 juillet 2008, un investissement répondant aux conditions d'admissibilité du traité²³.

I. Il est *res iudicata* que l'investissement de M. Pey et de la FPA dans CPP S.A. serait sous la protection de l'API même si la confiscation avait été légalement consommée

250. Comme on l'a vu *supra* (sections III.2 et 3, IV.2 et les §§84-90, 96, 166, 244, 250, 252, 254, 265), les articles 2(2) et 2(3) de l'API accordent la protection de celui-ci aux investissements ayant la qualité d'investissement étranger effectués avant l'entrée en vigueur de l'API, la SI a établi que l'investissement de M. Pey dans CPP S.A. a la qualité d'investissement étranger et que les premières controverses sont nées après l'entrée en vigueur de l'API, en particulier pour des violations de l'API « *résidant essentiellement dans la Décision*

n°43 [du 28 avril 2000] et le déni de justice allégué qui lui est lié (...))» (SI, §§464, 623, 674, 679). Ceci est *res iudicata*.

Le **Mémoire** étant fondé sur l'API Espagne-Chili et les Règles de la CNUDCI, comme l'a affirmé le Tribunal CNUDCI dans *Romak v. Uzbekistan*,

« *Operating under the UNCITRAL Rule, this Arbitral Tribunal does not need to engage in a discussion of the interplay of the ICSID Convention and the instrument providing consent to arbitration.* ». ⁴⁰¹ [Soulignement ajouté]

À supposer que serait fondée (*quod non*) la prétention de l'État aux §§267-277, 304 et d'autres du *Counter-Memorial*, selon laquelle l'investissement de M. Pey dans CPP S.A. n'existerait pas depuis la promulgation du Décret confiscatoire n° 165, de 1975, les violations de l'API commises après le 8 mai 2008 pourraient-elles toutefois avoir enfreint l'API entré en vigueur le 29 mars 1994 ?

251. Comme il a été étayé *supra* (v. la réponse à l'Exception n° 2, II, et les §§250-256, 265), la réponse ne peut être qu'affirmative dès lors que l'API Espagne-Chili n'exige pas que l'investissement existe encore lorsque la controverse a surgi entre les parties après l'entrée en vigueur de l'API. Exigence que, notons-le, n'est pas exempte d'une dose de sophisme de la part de la Défenderesse, ce qui a trait à « l'existence » de l'investissement se trouvant précisément au cœur de la controverse déjà tranchée, avec l'autorité de la chose jugée, dans toutes les décisions du CIRDI de manière défavorable à la prétendue inexistence de l'investissement soutenue par l'État chilien.

Le Tribunal de l'affaire *Jan de Nul N.V.* ⁴⁰² avait étudié cette question en rapport avec un API de contenu comparable à celui entre l'Espagne et le Chili et était parvenu à la conclusion suivante :

“d. Must the investment exist at the time of the entry into force of the BIT?”

§134. *The Respondent objects to the jurisdiction of the Tribunal under the 2002 BIT on the ground that, assuming the dispute arose on 22 May 2003, the Claimants' investment no longer*

⁴⁰¹ **Pièce C544**, *Romak SA (Switzerland) v. Uzbekistan*, PCA Case No. AA280, Award, 26 Novembre 2009, para. 205, accessible dans <https://bit.ly/2JNlUXX>

⁴⁰² **Pièce C403**, *Jan de Nul N.V. and Dredging International N.V. v Arab Republic of Egypt*, ICSID Case No. ARB/04/13, Decision on Jurisdiction (Prof. Gabrielle Kaufmann-Kohler, Prof. Pierre Mayer, Prof. Brigitte Stern), 16 Juin 2006

existed. It is the Respondent's contention that a dispute is covered by a treaty only if the investment was present in the territory of the State at the time when the dispute arose (Reply J., ¶ 107, p. 40).

§135. The Tribunal disagrees. As the Claimants stressed, not only is it stated “nowhere [...] that the investment should still be in existence when the dispute arises” but also and more importantly, “should this be the case the entire logic of investment protection treaties would be defeated” (Reply J., ¶ 26, p. 14). As convincingly explained by the Claimants' legal expert, providing an effective remedy is part of the duties of fair and equitable treatment and of continuous protection and security for investments. A violation of that duty after the investment has come to an end does not change its nature. The duty to provide redress for a violation of rights persists even if the rights as such have come to an end. Otherwise an expropriating State might argue that it owes no compensation since the investment no longer belongs to the previous owner. (Schreuer, ¶ 38, p. 12 (...)).

§136. For the same reasons, the Tribunal rejects the Respondent's additional contention that in the absence of an investment on 22 May 2003, the current dispute could not be in relation to an investment within the meaning of Article 25 of the ICSID Convention (see Reply J., ¶ 110 in fine, p. 41). [Caractères appuyés ajoutés]

252. La Décision *Jan de Nul* ayant été prise en considération dans la Sentence arbitrale du 8 mai 2008 (nbp 187) et invoquée par le 1^{er} Comité *ad hoc* dans sa Décision du 18 décembre 2012, il constitue l'un des fondements ayant déterminé leurs Dispositifs respectifs rejetant la prétention de l'État du Chili relative à la prétendue inexistence de l'investissement de M. Pey dans CPP S.A. Ces conclusions du TI et du 1^{er} Comité *ad hoc* ont l'autorité de la chose jugée.

Le 1^{er} Comité *ad hoc* a invoqué dans sa Décision ce fondement de la Sentence *Jan de Nul* à l'appui de son rejet (dans le §168) de l'exception sur la compétence que dix années après qu'elle ait été formulée⁴⁰³, l'État du Chili adapte et ressuscite devant le présent Tribunal arbitral:

«§ 168. Le Comité note que cet argument de l'« investissement existant » n'avait pas été soulevé par le Chili devant le Tribunal. Néanmoins, le Comité considère que, aux fins des motifs invoqués, le Tribunal a appliqué l'article 2(2) de l'API et le droit chilien applicable pour conclure que l'investissement effectué par M. Pey Casado en 1972 était bien couvert par

⁴⁰³ Le 5 août 2008 l'État du Chili avait soumis sa Demande d'annulation de la totalité de la Sentence arbitrale initiale fondée, entre autre, sur l'inexistence de l'investissement de M. Pey que le 1^{er} Comité *ad hoc* a rejetée

*l'API*⁴⁰⁴. En outre, le Comité est d'accord avec les Demanderesses sur le fait que l'on aurait pu faire valoir que l'obligation d'accorder une réparation au titre de la violation de droits perdue même si les droits en tant que tels ont pris fin⁴⁰⁵, dès lors que l'obligation au titre du traité en question était en vigueur à l'égard de l'État concerné au moment de la violation alléguée⁴⁰⁶. Ces principes ont été respectés par le Tribunal dans la section de la Sentence consacrée à l'application de l'API *ratione temporis*.⁴⁰⁷ » [Caractères appuyés]

253. La Décision du Tribunal *Jan de Nul*, de même que les sentences arbitrales dans le même sens *Tradex*⁴⁰⁸ et *MCI Power*⁴⁰⁹, avaient été invoquées par les Demanderesses devant le 1^{er} Comité *ad hoc*⁴¹⁰ dans les termes ci-après, qui méritent d'être reproduits *in extenso* car leurs fondements sont également opposables à l'objection n° 2 à la compétence soulevée par l'État dans la présente procédure sous les Règles CNUDCI:

[Extrait de la Décision du 1^{er} Comité *ad hoc*, qui dans son §174 cite ladite Décision *Jan de Nul*]

« **(b) La prétendue « disparition » de l'investissement de Monsieur Pey**

§173. Tout d'abord, la Défenderesse tente de contourner l'argument des Demanderesses selon lequel le critère de l'existence de l'investissement n'est pas un critère de compétence prévu par les termes de l'API en indiquant qu'il s'agit d'un "matter of logic and common sense"²⁰⁹.⁴¹¹

§174. L'argument présenté par le Chili a déjà été soutenu à plusieurs reprises dans différentes affaires et rejeté par différents tribunaux arbitraux comme cela a été indiqué dans le mémoire en réponse, note de bas de page n°368. Ainsi dans l'affaire *Tradex*, alors que l'État soulevait

⁴⁰⁴ [105 Voir Sentence, paras. 431-432.]

⁴⁰⁵ [286 *Ibid.*, « 106 Voir *Jan de Nul N.V. et Dredging International N.V. c. République arabe d'Égypte*, Affaire CIRDI ARB/04/13, Décision sur la compétence en date du 16 juin 2006, para. 135 »]

⁴⁰⁶ [107. « 107 Voir *Mondev International Ltd. c. les États-Unis d'Amérique*, Affaire CIRDI ARB(AF)/99/2, Sentence en date du 11 octobre 2002, para. 68 (ci-après 'Sentence *Mondev*') ».

⁴⁰⁷ [Voir Sentence, paras. 419-466. Voir Sentence, paras. 419-466.]

⁴⁰⁸ **Pièce C555**, *Tradex Hellas v. Albania, Decision on Jurisdiction*, ICSID, ARB/94/2, p. 182 : « The clear and detailed wording under the headings "Definitions" and "Foreign investor" does not give room for further conditions, particularly does it not require that the investment still exists at the time the law comes into force or the dispute arises to qualify *Tradex* as a "foreign investor" within the meaning of the 1993 Law. »

⁴⁰⁹ **Pièce C555**, *MCI Power v Ecuador*, ICSID Case No. ARB/03/6, Award, Janvier 31, 2007, §164 : « The Tribunal concludes that Article I(a) of the BIT gives a broad definition of investment and that the rights and interests alleged by the Claimants to have subsisted as a consequence of the Seacoast project, after the entry into force of the BIT—such as the intangible assets of accounts receivable, the existence of an operating permit—would fit that definition. »

⁴¹⁰ **Pièce C207** [CNUDCI], Duplique des Demanderesses, 28 février 2011, Procédure en annulation de la Sentence du 8 mai 2008, §175

⁴¹¹ [209 *Mémoire en réplique* §422]

l'incompétence du tribunal au motif que l'investissement de Tradex avait disparu avant l'entrée en vigueur de la loi contenant la possibilité de saisir le CIRDI, le Tribunal a indiqué :

The clear and detailed wording under the headings "Definitions" and "foreign investor" does not give room for further conditions particularly does it not require that the investment still exist at the time the law comes into force or the dispute arises to qualify Tradex as a "foreign investor" within the meaning of the 1993 law⁴¹²

§175. De même, dans l'affaire Jan de Nul, alors que l'Égypte soutenait que l'investissement avait disparu avec l'achèvement des travaux en 1994, soit avant l'entrée en vigueur de l'API de 2002 et avant la violation de celui-ci, le tribunal a indiqué :

The Tribunal disagrees. As the Claimant stressed, not only is it stated "nowhere [...] that the investment should still be in existence when the dispute arises" but also and more importantly, "should this be the case the entire logic of investment protection treaties would be defeated" (Reply J., at 26, p.14). As convincingly explained by the Claimants' legal expert, providing an effective remedy is part of duties of fair and equitable treatment and of continuous protection and security for investments. A violation of that duty after the investment has come to an end does not change its nature. The duty to provide redress for violation of rights persists even if the rights as such has come to an end. Otherwise an expropriating State might argue that it owes no compensation since the investment no longer belongs to the previous owner.

For the same reasons, the Tribunal rejects the Respondent's additional contention that in the absence of an investment on 22 May 2003, the current dispute could not be in relation to an investment within the meaning of Article 25 of the ICSID Convention⁴¹³ (soulignement ajouté).

§176. Enfin, dans l'affaire MCI Power⁴¹⁴, alors que l'API contenait une disposition selon laquelle l'investissement devait exister au moment de l'entrée en vigueur de l'API⁴¹⁵, le tribunal arbitral a rejeté l'argument de l'Équateur selon lequel l'investissement n'existait plus, en raison de l'expiration du contrat, qui constituait l'investissement initial de MCI⁴¹⁶, concluant :

⁴¹² [210 *Tradex Hellas SA c/ Albania CIRDI No. ARB/94/2 sentence sur la compétence du 24 décembre 1996 p.182*]

⁴¹³ [211 *Décision sur la compétence dans l'affaire Jan de Nul Dredging International N.V. c/ Arab Republic of Egypt, CIRDI No. ARB/04/13, §§134-136*]

⁴¹⁴ [212 *M.C.I. Power Group L.C. and New Turbine Inc. c. République d'Équateur, CIRDI, Affaire No. ARB/03/6, sentence du 31 juillet 2007*]

⁴¹⁵ [213 L'Article XII.1 de l'API entre les Etats-Unis et l'Équateur prévoit : "It [this Treaty] shall apply to investments existing at the time of entry into force as well as to investments made or acquired thereafter"]

⁴¹⁶ [214 *M.C.I. Power Group L.C. and New Turbine Inc. c. République d'Équateur, CIRDI, Affaire No. ARB/03/6, sentence du 31 juillet 2007*]

(...) Article I(a) of the BIT gives a broad definition of the investment and that the rights and interests alleged by the Claimant to have subsisted as a consequence of Seacoast project, after the entry into force of the BIT -such as intangible assets of accounts receivable, the existence of an operating permit - would fit that definition²¹⁵.⁴¹⁷

§177. En l'espèce, quand bien même l'investissement de Monsieur Pey aurait "disparu" en raison du décret d'expropriation n°165 de 1975, comme le soutient la République du Chili, quod non, ses droits à indemnisation subsistaient et ce jusqu'à l'entrée en vigueur de l'API. L'existence des droits des personnes expropriées bien après les décrets de confiscation a d'ailleurs été expressément admise par les juridictions et par le Président de la République du Chili²¹⁶⁴¹⁸ bien avant l'entrée en vigueur de l'API, et par le Parlement à l'occasion de promulguer la loi n°19.568 de 1998²¹⁷⁴¹⁹, facilitant l'indemnisation de ces victimes. Or, l'article 1(2) de l'API entre l'Espagne et le Chili définit très largement le terme investissement §notamment "toute sorte d'avoirs, tels que biens et droits de toute nature, acquis en accord avec la législation du pays recevant l'investissement". Dès lors, en appliquant les critères retenus par le tribunal dans l'affaire MCI Power, l'investissement de Monsieur Pey a subsisté après le Décret n°165 d'expropriation.

§178. Sur l'existence de l'investissement après le décret de confiscation, les Demanderesses rappelleront également les éléments suivants :

- La totalité des biens immeubles et meubles de CPP S.A et EPC Ltée continuait d'exister à la date d'entrée en vigueur de l'API.²¹⁸⁴²⁰ Ils demeurent aujourd'hui sous occupation armée, un fait incontesté et retenu dans la Sentence²¹⁹.⁴²¹

- La 8ème Chambre de Santiago avait demandé à M. Pey de prouver qu'il était le propriétaire de toutes les actions de CPP SA en mai 1995, montrant ainsi que pour le Tribunal l'expropriation subie

⁴¹⁷ [215 Ibid, §164]

⁴¹⁸ [216 Voir le Message du Chef de l'État au Congrès National du Chili du 3 juin 1991, pièce CN38g]

⁴¹⁹ [217, Loi 19.568 de 1998 prévoit en son article 1er : Les personnes morales qui auraient été privées de la pleine propriété de leurs biens par application des décrets-lois Nos. 12, 77 ... de 1973 auront droit de solliciter leur restitution... auront les mêmes droits leurs successeurs ou réputés tels" ; Artículo 1º.- Las personas naturales y las personas jurídicas, incluidos los partidos políticos, que hayan sido privados del dominio de sus bienes por aplicación de los decretos leyes N°s. 12, 77 y 133, de 1973; 1.697, de 1977, y 2.346, de 1978, tendrán derecho a solicitar su restitución o requerir el pago de una indemnización, en conformidad con las normas establecidas en esta ley. Igual derecho tendrán sus sucesores o quienes se reputen como tales"]

(soulignement ajouté) (Pièce CN66c)]

⁴²⁰ [218 Voir les certifications des Bureaux des Hypothèques dans les pièces 13 à 19 annexes à la Requête d'arbitrage]

⁴²¹ [219 Sentence §§590-592]

*était sans effet sur l'existence des droits de Monsieur Pey. Démonstration faite, la Cour a ordonné que tous les titres lui soient restitués*⁴²².

*- Les communications entre Monsieur Pey et le Gouvernement du Chili avant l'arbitrage font état de l'existence de l'investissement en 1995-1997, du droit à sa restitution, de la volonté du Gouvernement de le restituer ou d'indemniser*⁴²³.

§179. *A la lumière des développements précédents, le Comité ad hoc rejettera la demande de nullité de la République du Chili au motif que l'investissement de Monsieur Pey aurait disparu. »*

[Fin de la citation]

254. L'État du Chili a également soutenu devant le 1^{er} Comité *ad hoc* dès le 5 août 2008, et en 2014-2017 devant le TR, le motif qu'il formule à nouveau devant le présent Tribunal en 2018, à savoir que l'investissement de M. Pey et la Fondation Président Allende n'existait pas du fait de la loi n° 16.643, de 1998, et de la Décision 43 du 28 avril 2000. Il a été débouté les deux fois. La Décision du 18 décembre 2012 du 1^{er} Comité *ad hoc* avait rejeté cette prétention pour les raisons que les Demanderesses considèrent les leurs devant le présent Tribunal arbitral:

[Extrait de la Décision du 1^{er} Comité *ad hoc* :]

“(2) Investissement effectué conformément à l’API [§§136-158]

« §148. (...) le Comité ne constate aucun excès de pouvoir manifeste dans les conclusions du Tribunal en ce qui concerne la Décision 24, la loi n° 16.643 (...). En outre, le Comité estime que le Tribunal a amplement et de manière extrêmement détaillée motivé ses conclusions. »

« §149. Contrairement à ce qu'affirme le Chili, le Comité estime que le Tribunal a appliqué le « droit approprié », c'est-à-dire les articles 1(2) et 2(2) de l'API, ainsi que le droit chilien auquel ces dispositions font référence. Cela est clairement indiqué par le Tribunal au paragraphe 370 de la Sentence.⁴²⁴ Dans le même paragraphe, le Tribunal a déterminé que le

⁴²² 220 Annexe N° 21 à la Requête d'arbitrage (CN47f)

⁴²³ 221 Voir l'échange de lettres entre Monsieur Victor Pey et la Présidence de la République du Chili entre novembre et janvier 1996 (Pièces 23-24-annexes à la Requête, CN49f, CN50f, CN51f)

⁴²⁴ **Pièce C14**, Sentence arbitrale du 8 mai 2008, §370 : *« Pour que l'API soit applicable à une opération réalisée en 1972, il est nécessaire que l'opération litigieuse corresponde à la définition de l'investissement établie par l'article 1(2) de l'API et qu'elle ait la qualité d'investissement étranger au sens de la législation chilienne appliquée à l'époque. »*

droit applicable était le droit chilien en vigueur en 1972, au moment où l'investissement a été effectué.»

« §156. (...) Dans ces circonstances, le Comité estime que le Tribunal a appliqué le droit approprié.

« §157. Le Comité ne constate aucun excès de pouvoir manifeste dans les conclusions du Tribunal relatives à la Décision 24, la loi n° 16.643 (...). Le Comité estime que le Tribunal a amplement et de manière très détaillée motivé ses conclusions sur ce point.

§158. Les demandes du Chili sont en conséquence rejetées. »

La SR quant à elle ne peut pas nier l'existence de l'investissement des Demanderesses compte tenu de l'autorité de la chose jugée à cet égard de la SI et de la Décision du 1er Comité *ad hoc*.

En d'autres termes, *primo*, tout investissement se modifie au fur et à mesure du temps qui passe par le simple jeu des circonstances propres à son domaine d'activités et aux spécificités de l'environnement. De sorte que -dans tous les cas- des affirmations telles que « l'investissement de 1972 existe en 2000, 2002, 2005, 2008, 2016, 2018, etc. », n'exclut en aucune façon toute modification intervenue et ne saurait avoir une prétention d'identification incluant quelque caractère inaltérable que ce soit.

Secundo, du fait des vicissitudes majeures intervenues au Chili et leur impact sur le cheminement de l'investisseur dans CPP S.A. et EPC Ltée, vu d'une part l'entrée en vigueur de l'API et d'autre part la loi n° 19.568 de 1998 de réparations, c'est de l'exercice non entravé des droits correspondants par les investisseurs que découle ce qui, en droit national et international, existe ou n'existe pas concernant ledit investissement, compte tenu des spécificités pertinentes (statut du Décret 165, etc.).

Ce qui est radicalement incompatible avec le sophisme en porte-à-faux consistant, d'un côté, à entraver l'exercice des droits qui doivent déterminer ce qu'il en est de l'investissement aujourd'hui, et d'un autre côté à préempter la prérogative dévolue aux juridictions compétentes, dont l'accès est ainsi soumis à obstruction délibérée, pour leur substituer un raisonnement faisant intervenir tel ou tel enchaînement simpliste à la convenance de l'État.

En ce sens, les droits créés par l'API constituent un investissement en ce qu'ils participent de façon incontournable à la définition du statut d'un investissement qui ne peut ressortir que de leur libre et plein exercice par les investisseurs.

II. La Sentence arbitrale de 2016 n'a pu que confirmer l'existence de l'investissement dans CPP S.A. après l'entrée en vigueur de l'API

255. Il suffirait à cette fin de rappeler les conclusions des §§144 et 216 de cette Sentence cités *supra* (§10.2) et *infra* (§261), qui sont incompatibles avec l'allégation de l'État selon laquelle l'investissement dans CPP S.A. des Demanderesses aurait « disparu » avant l'entrée en vigueur de l'API et qu'« *il ne peut pas être couvert par le TBI.*»⁴²⁵

256. Ces motifs de la Décision du 1^{er} Comité *ad hoc* pour rejeter la prétention de l'État relative à l'inexistence de l'investissement lorsque l'API était entré en vigueur sont opposables à cette partie de la rédaction de l'exception n° 2 à la compétence du présent Tribunal arbitral.

À cet égard, la Défenderesse fait valoir [1] que la Première Sentence a établi de façon définitive que les biens de la CPP et de l'EPC ont été définitivement expropriés en 1975 lorsque la CPP et l'EPC ont été dissoutes. La Défenderesse soutient que, [2] selon la Première Sentence, ces événements sont survenus avant l'entrée en vigueur de l'API. Elle [3] affirme qu'aucun investissement de M. Pey Casado ne subsistait après la confiscation totale d'El Clarín dans les années 1970. La Défenderesse conteste donc [4] l'argument des Demandeurs selon lequel leur investissement était composé des protections énoncées dans l'API. Selon elle, une telle interprétation est impossible au regard de la définition expresse du [5] terme «investissement» contenue dans le Traité.

III. La Sentence arbitrale de 2016 a admis la possibilité « que l'investissement est, en droit, resté la propriété de M. Pey Casado et/ou de la Fondation. »

257. En effet, comme on a vu dans le §9 *supra*, après avoir établi que les différends surgis entre les parties après le 3 novembre 1997 étaient hors sa compétence (SR, §§216 et 144 *in fine*) le TR a considéré que

⁴²⁵ **Pièce C39**, Sentence arbitrale du 13 septembre 2016, §146 : « *La Défenderesse soutient en outre que, en vertu de l'article 2.2. du TBI, un investissement peut avoir été effectué avant son entrée en vigueur, mais qu'il doit encore exister au moment de l'entrée en vigueur ; si l'investissement a déjà disparu, il ne peut pas être couvert par le TBI.* »

« si la prétendue nullité du Décret n° 165 au regard du droit chilien avait effectivement une importance décisive, la conséquence en serait certainement que l'investissement est, en droit, resté la propriété de M. Pey Casado et/ou de la Fondation. »⁴²⁶

258. Cette conclusion de la SR démontre à quel point les exceptions à la compétence ci-dessus [1] et [2] sont incompatibles avec les conclusions de la SI et de la SR. Celles-ci ont, en effet, estimé hors leur compétence la considération du statut du Décret 165 en droit interne; il s'ensuit que la SI initiale et la SR ont placé en dehors leur compétence toute possibilité de déterminer de façon inconditionnelle que CPP et l'EPC auraient été dissoutes et les biens de la CPP et de l'EPC transférés dès lors que ceci dépendait du statut du Décret en droit interne, et que, selon la déclaration du TI lui-même, ses conclusions à cet égard sont explicitement conditionnées par le fait que « à la connaissance du Tribunal arbitral, la validité du décret n° 165 n'a pas été remise en cause par les juridictions internes (...) » (SI, §§601-603, 605, 608, 620) et par les conclusions de la SR dans les §§216 et 244 *in fine*.

259. Le **Mémoire** des Demanderesses a étayé des faits nouveaux survenus après la SI, dont le Jugement interne du 24 juillet 2008 et la cession de M. Pey Casado de 10% des actions de CPP S.A. en faveur de Mme. Pey Grebe en 2013.⁴²⁷

260. Les exceptions [1] et [2] ne relèvent donc pas de la chose jugée. Le différend à ce sujet est dans le cadre de la compétence du Tribunal arbitral et la Décision du 26 juin 2018 l'a joint au fond l'affaire (voir *supra* le §20).

La Sentence arbitrale de 2008 a tranché que l'investissement dans CPP S.A. au sens de l'API existe après l'entrée en vigueur de celui-ci. Res iudicata

261. Les propositions de l'État du Chili [3], [4] et [5] ci-dessus sont contraires aux articles 1(2) et 2(2) de l'API et ont été rejetées dans la Sentence arbitrale initiale ayant l'autorité de la chose jugée :

⁴²⁶ **Pièce C39**, Sentence arbitrale du 13 septembre 2016, §198, version définitive après la correction de ce paragraphe dans la Décision du TR du 6 octobre 2017 qui figure dans la **pièce C39bis**

⁴²⁷ La réalité et légalité de cette cession des actions est attestée dans la SI (§§537-544), et dans la pièce C11

«§ 379. Il est clair (...) que les articles 1(2) et 2(2) de l'API exigent de l'investisseur qu'il effectue un investissement qui soit conforme à la législation chilienne en vigueur à l'époque et, s'agissant d'investissements existant au moment de l'entrée en vigueur du traité, qui puisse être qualifié d'investissement étranger au sens de cette législation. [Soulignement ajouté]

« §411. Au vu de l'ensemble des développements qui précèdent, (...) l'opération réalisée par M. Pey Casado s'est conformée au droit chilien qui lui était applicable. En conséquence, le Tribunal considère que l'investissement de M. Pey Casado, l'achat d'actions d'une société chilienne du secteur de la presse au moyen de paiements en devises étrangères effectués sur des comptes bancaires en Europe, satisfait les conditions posées par l'API et plus particulièrement par ses articles 1(2) et 2(2). »

« **L'investissement effectué en 1972 par M. Pey Casado est-il couvert par l'API ?** »

« §431. L'article 2.2 de l'API Espagne-Chili prévoit que « [l]e présent Traité s'appliquera aux investissements qui seraient réalisés à partir de son entrée en vigueur par des investisseurs de l'une des parties contractantes dans le territoire de l'autre. Toutefois, il bénéficiera également aux investissements réalisés antérieurement à son entrée en vigueur et qui, selon la législation de la Partie contractante concernée, auraient la qualité d'investissement étranger ».

«§ 432. Le seul objet de l'article 2.2 de l'API Espagne-Chili est de définir les investissements protégés par le traité. En l'occurrence, il ne fait pas de doute que les conditions posées par ce texte sont satisfaites. **L'investissement en question, effectué par M. Pey Casado en 1972 et ayant la qualité d'investissement étranger conformément à la législation chilienne, est bien couvert par l'API.** » [Soulignement ajouté]

262. En conséquence, la Sentence arbitrale de 2008 a déclaré que le Tribunal arbitral est compétent conformément à l'API.⁴²⁸ Cette conclusion confirme également que les exceptions [3] a [5] ci-dessus sont dénuées de fondement.

*

⁴²⁸ Pièce C14, Sentence arbitrale de 2008, Dispositif, point 2

La Sentence arbitrale de 2008 a tranché qu'après l'entrée en vigueur de l'API ont eu lieu des violations de l'API résidant essentiellement dans la Décision n°43 [du 28 avril 2000] et le déni de justice qui lui est lié (SI, §§464, 623, 674, 679)

263. Les exceptions [3] à [5] ci-dessus sont également opposées aux fondements suivants de la SI ayant l'autorité de la chose jugée :

«§ 428. Le Tribunal ne pourra se déclarer compétent *ratione temporis* que si l'investissement des parties demanderesses **est couvert par l'API au moment des faits litigieux** et si le ou les différends invoqués sont eux-mêmes couverts par l'API. [Soulignement ajouté]

«§ 429. Les dispositions de fond de l'API ne sont quant à elles applicables que si l'API est en vigueur au moment où sont commises les violations alléguées.

«§ 430. Il convient tout d'abord de déterminer si l'investissement des parties demanderesses est couvert au sens de l'article 2 de l'API. (...)

«§ 432 [cité supra]. Le seul objet de l'article 2.2 de l'API Espagne-Chili est de définir les investissements protégés par le traité. En l'occurrence, il ne fait pas de doute que les conditions posées par ce texte sont satisfaites. **L'investissement en question, effectué par M. Pey Casado en 1972 et ayant la qualité d'investissement étranger conformément à la législation chilienne, est bien couvert par l'API.**

«§ 433. Le Tribunal se propose dès lors de déterminer si les différends dont font état les parties demanderesses sont survenus après l'entrée en vigueur de l'API Espagne-Chili. (...)

«§ 453. Au vu des prétentions respectives des parties exposées ci-dessus, le Tribunal estime sans hésitation que l'opposition qui s'est manifestée entre les parties lors des audiences de mai 2000, dès que les parties demanderesses ont pris connaissance de la Décision n°43, est constitutive d'un différend. Là encore, le différend étant survenu postérieurement à l'entrée en vigueur du traité, la condition de compétence *ratione temporis* est satisfaite. » (...)

«§ 464. Le Tribunal estime que le dernier différend entre les parties, s'est cristallisé au cours de la période 2002-2003. » (...)

« §564. Il convient de rappeler brièvement que les trois différends en questions sont : (i) le différend de 1995 concernant la demande en restitution des 40.000 actions de la société CPP S.A. ; (ii) le différend de 2000 concernant la Décision n°43 ; et (iii) le différend de 2002 concernant le déni de justice allégué par les parties demanderesses. » (...)

« §579. Le paragraphe 2.2 de l'API Espagne-Chili dispose simplement que les investissements antérieurs à l'entrée en vigueur de l'API peuvent être couverts par ce dernier. Il ne préjuge pas de l'applicabilité des dispositions de fond de l'API aux violations alléguées et ne peut être interprété comme conférant un effet rétroactif à l'API permettant de l'appliquer aux violations antérieures à son entrée en vigueur. » (...)

« § 600. Après examen des faits et des prétentions des parties, le Tribunal est parvenu à la conclusion que (...) les dispositions de fond de l'API sont applicables *ratione temporis* à la violation résultant de la Décision n°43 et au déni de justice allégué par les demanderesse, ces actes étant postérieurs à l'entrée en vigueur du traité. » (...)

« § 626. (...) il ne fait pas de doute que le déni de justice allégué par les demanderesse s'étend sur une période postérieure à l'entrée en vigueur de l'API. L'article 4 de l'API lui est donc bien applicable *ratione temporis*. »

264. En conséquence le Tribunal arbitral initial a tranché, dans le sens de sa compétence selon l'API, que l'État a enfreint l'article 4 de l'API et que les Demanderesse ont droit à compensation.⁴²⁹ Cette conclusion démontre le manque de fondement des exceptions [3] à [5] de la Défenderesse ci-dessus.

La Sentence arbitrale de 2008 a tranché que l'État du Chili a reconnu devant le Tribunal arbitral l'invalidité des confiscations sous la dictature militaire

265. La SI a pris acte et tranché avec l'autorité de la chose jugée :

« § 666. On rappellera à ce propos l'existence d'un jugement chilien reconnaissant la propriété de M. Pey Casado sur les actions confisquées (...). »

« § 667. Quant à l'invalidité des confiscations et au devoir d'indemnisation, il y a lieu de rappeler aussi des déclarations parfaitement claires de la défenderesse dans la présente procédure.⁶¹⁷

⁴²⁹ Ibid.

« §668. Après le rétablissement au Chili d'institutions démocratiques et civiles, les nouvelles autorités ont proclamé publiquement leur intention de rétablir la légalité et de réparer les dommages causés par le régime militaire. Comme la défenderesse l'a souligné

«[...] les gouvernements démocratiques qui remplacèrent en 1990, au moyen d'élection libres, le Gouvernement de Pinochet, se sont primordialement préoccupés de réparer les dommages causés par le régime instauré au Chili par le coup d'état du 11 septembre 1973. En effet, le Gouvernement a pris les mesures pour réparer les dommages causés aux victimes dans tous les secteurs. Concrètement, en relation avec les confiscations, a été approuvée une loi qui dispose de la restitution ou indemnisation pour les biens confisqués, loi prise à l'initiative de l'Exécutif
».618

« §669. Le Tribunal arbitral ne peut que prendre note avec satisfaction de telles déclarations, qui font honneur au Gouvernement chilien. Malheureusement, cette politique ne s'est pas été traduite [sic] dans les faits, en ce qui concerne les demanderesses (...) ».

266. En conséquence le Tribunal arbitral initial a déclaré sa compétence au sens de l'API, et a tranché que les actes commis par l'État depuis le 28 avril 2000 ont violé l'article 4 de l'API et que les Demanderesses ont droit à compensation.⁴³⁰ Cette conclusion confirme également les allégations sur la compétence [1] et [2], lesquelles n'interfèrent pas avec la compétence du présent Tribunal arbitral sur les différends surgis entre les parties qui dans la procédure CIRDI ont été considérées hors la compétence du TI et du TR , en particulier ceux surgis après le 8 mai 2008.

La Sentence arbitrale de 2016 a réitéré que pèse toujours sur l'État l'obligation imposée dans la Sentence de 2008 de garantir les droits établis à l'article 4 de l'API.

267. La 2^{ème} Sentence du CIRDI a également précisé que celle-ci

« n'affecte pas la conclusion dans la Sentence Initiale selon laquelle la Défenderesse avait commis une violation de l'article 4 du TBI en ne garantissant pas un traitement juste et équitable aux investissements des Demanderesses, en ce compris un déni de justice ; cette conclusion a autorité de chose jugée et n'était pas l'objet de la présente procédure de nouvel examen. Elle correspond

⁴³⁰ Pièce C14, Sentence arbitrale du 8 mai 2018, Dispositif, points 1 à 3

donc à une obligation qui pèse toujours sur la Défenderesse et une obligation qui, comme l'a conclu le Tribunal Initial, est la conséquence d'une défaillance dans le fonctionnement du système interne du Chili pour la réparation des injustices passées qui ont été reconnues."⁴³¹

268. En effet, comme l'affirment les articles 29 à 34 du projet d'articles de la CDI sur la responsabilité internationale de l'État pour fait illicite, en cas d'une violation continue, le fait que le Tribunal initial ait ordonné des réparations ne libère pas un État de son obligation de respecter la norme violée et de mettre fin à l'acte illicite continu.

269. Or, l'État du Chili par ses actes après la Sentence de 2016 aussi bien qu'après celle de 2008 persiste dans le manquement à son obligation de garantir ce respect à l'investissement des Demanderesses.

270. En outre, le **Mémoire** soulève de fait que ces actes ont manqué aux obligations garanties par les articles 3, 5 et 10(5) de l'API, comme les Demanderesses l'ont étayé.⁴³²

271. Il en découle que les exceptions ci-dessus [1] à [5] formulées par de la Défenderesse à la compétence du présent Tribunal arbitral sont intégralement dénuées de fondement.

**

IV

*Enfin, la Défenderesse conteste l'allégation selon laquelle la décision du 24 juillet 2008 rendue par le Tribunal civil de Santiago aurait ressuscité l'investissement de M. Pey Casado dans El Clarín.*²⁴

272. Comme on l'a vu *supra* (§166-168), même si le Jugement du 24 juillet 2008 n'avait pas existé le présent Tribunal serait compétent conformément à l'API pour connaître et trancher les différends qui lui ont été soumis.

273. Ceci étant dit, et indépendamment de ce motif, les articles 4 de la Constitution de 1925 et l'article 7 de celle de 1980 régissant la - composante essentielle du droit public chilien fondé

⁴³¹ **Pièce C14**, Sentence arbitrale du 13 septembre 2016, §245

⁴³² **Mémoire**, sections III et VI

sur la séparation des pouvoirs- n'ont jamais cessé d'être en vigueur au Chili fût-ce même durant la Dictature⁴³³, leur application directe est impérative pour tout Tribunal ou Cour de Justice agissant sous le droit du Chili en vertu de l'article 4 de l'API et de la jurisprudence du TSF suisse.

274. En effet, un consensus existe qu'un Tribunal arbitral dont le siège est en Suisse ne peut pas ignorer une disposition impérative de la loi étrangère et doit en tenir compte pour trancher l'affaire. Le Tribunal Suprême Fédéral a statué que sur la base de l'article 190(2)(b) (en liaison avec l'art. 187 al. 1 de la LDIP)⁴³⁴ une décision contraire à l'exercice conforme de la compétence du Tribunal en ce qu'elle n'aurait pas appliqué une norme impérative étrangère alléguée par l'une des parties pourrait être annulée.⁴³⁵

275. En conséquence, l'inconstitutionnalité du Décret 165 pour infraction directe à l'encontre de ces articles surgie dès son émission et n'ayant jamais cessé d'être opérante, la «*résurrection de l'investissement de M. Pey*», au-delà d'une image virtuelle bâtie par l'État constitue un non-sens intégral -rien n'ayant besoin d'être resuscité- visant à occulter l'essentiel : la force du droit national applicable en action demeure pleinement vivace à l'égard de ce Décret.

276. La force impérative de ces articles de la Constitution est telle qu'après plus de douze ans de paralysie dans l'attente que le 1^{er} Tribunal du CIRDI exauce les vœux de l'État et déclare

⁴³³ **Ibid.**, §100, arrêt de la Cour Suprême du 21 Juillet 1998, Considérant 4^o: “*Qu'à l'examen des sections 2^o et 3^o du D.L. 77 il apparaît que ce dernier a disposé la dissolution des partis politiques, associations ou mouvements qu'il précise, dont les biens devaient demeurer à la disposition de l'État; qu'en conséquence les Décrets Suprêmes (...) ont pris une mesure qui ne se conformait pas aux pouvoirs que le D.L. 77 attribuait à l'autorité administrative, et qui se traduisait virtuellement par un arrêt de confiscation, émanant d'un organe absolument incompetent, constituant de la sorte un exercice illégal de fonctions judiciaires, ce qui se révèle suffisant pour qualifier de nuls les Décrets Suprêmes évoqués, dans la mesure où ils impliquaient une infraction à l'article 4^o de la Constitution alors en vigueur; en effet, les autorités de l'époque ayant déclaré que seraient respectées les attributions du Pouvoir Judiciaire durant la période d'exception inaugurée en 1973, on en conclut inévitablement que tout acte impliquant l'exercice d'un pouvoir de juridiction, et qui ne proviendrait pas d'un tribunal, s'est trouvé indubitablement édicté par une autorité exerçant des prérogatives qui ne lui incombent pas, ce qui rend nécessairement nul l'acte visé; du fait qu'il ne l'a pas déclaré tel l'arrêt mis en cause a commis un erreur de droit qui a influé sur le dispositif de la décision*», caractères appuyés, **pièce C64**

⁴³⁴ Article 190 : « IX. Caractère définitif. Recours. 1. La sentence est définitive dès sa communication. 2. Elle ne peut être attaquée que: (...) b) lorsque le tribunal arbitral s'est déclaré à tort compétent ou incompetent » ; article 187 : « VIII. Décision au fond. 1 Droit applicable. 1 Le tribunal arbitral statue selon les règles de droit choisies par les parties ou, à défaut de choix, selon les règles de droit avec lesquelles la cause présente les liens les plus étroits. »

⁴³⁵ BGE 118 II 193, consid. 5, accessible dans <https://bit.ly/2MfHDnS> ; 132, III, 389, du 8 mars 2006, consid. 3.3, « le tribunal arbitral viole l'art. 190 al. 2 let. b LDIP (en liaison avec l'art. 187 al. 1 LDIP) s'il se déclare incompetent pour examiner l'application d'une loi de police étrangère (...) alors qu'une partie lui demande de le faire (...) », accessible dans <https://bit.ly/2O1rdjq>

que le Décret était valide *ab initio*, deux mois après avoir pris connaissance du sens et du contenu de la Sentence arbitrale du 8 mai 2018, l'État a levé l'interdit et le 24 juillet 2008 le Jugement du 1^{er} Tribunal civil de Santiago n'a pu que mettre en cause la validité du Décret 165 (9^{ème} Consid.). Ce faisant, il a mis un terme à l'indétermination cruciale à laquelle a dû se confiner le Tribunal arbitral du CIRDI :

« ... A la connaissance du Tribunal, la validité du Décret n°165 n'a pas été remise en cause par les juridictions internes ... »⁴³⁶

Il importe de rappeler clairement ici que tout ce qui, dans le raisonnement de la SI, découle des positions adoptées par le TI relativement aux effets du Décret 165, est rigoureusement conditionné à la réserve explicite formulée par ledit TI concernant l'indétermination durant la procédure initiale du statut en droit interne du Décret 165, une conséquence directe de la rétention du Jugement interne dans l'affaire GOSS, dès lors que le TI a décliné toute initiative se substituant à cet égard aux juridictions chiliennes. Par contre, le TR ayant connaissance du Jugement du 24 juillet 2008 n'a pu que conclure que si ce Décret était nul la conséquence en serait que les Demanderesses ont été les propriétaires de CPP S.A. depuis 1972, sans solution de continuité.

277. L'effet *res iudicata* ne pouvant excéder la portée du cadre juridique et factuel auquel la SI s'est tenue, il en résulte que, s'agissant de ce qui dépend de ce statut en droit interne -sauf excursion explicite dans un cadre compatible avec l'hypothèse inverse de celle que la SI a retenue- cette SI n'a émis aucun avis, aucune opinion, aucune disposition énonçant ce qui devrait prévaloir au cas où surviendrait une décision interne après la Sentence.

278. En conséquence, les controverses relatives aux conséquences du Jugement interne sur le montant de la réparation des dommages subis par les investisseurs rentrent dans le champ d'application des articles 10(1) et 10(3) de l'API et cette exception à la compétence du Tribunal arbitral est également dénuée de fondement. La Décision du Tribunal arbitral du 26 juin 2018 a joint ces controverses au fond de l'affaire.

*

⁴³⁶ Pièce C14, SI, §§601-603, 605, 608, 620

L'État Défendeur n'a pas déposé la traduction des Rapports de ses experts

279. L'État appuie certaines de ses exceptions à la compétence du Tribunal arbitral sur les Rapports de ses experts MM. Enrique Barros et Cristian Maturana.⁴³⁷ Cependant il n'en a pas déposé la traduction à la date établie par le Tribunal, le 21 mai 2018, enfreignant de la sorte ce que dispose l'Ordonnance de Procédure n° 1, du 3 novembre 2017.⁴³⁸

Le 6 septembre 2018 les Demanderesses ont toutefois invité l'État du Chili à bien vouloir déposer la traduction avant la date limite à laquelle devait être formulée la présente Réponse au *Counter-Memorial*, afin de permettre la prise en considération de ces Rapports par le Tribunal arbitral et les parties.⁴³⁹

La traduction n'ayant pas été communiquée dans une langue de la procédure, ces Rapports ne peuvent pas être pris en considération conformément à l'OP n° 1 et à la Règle de la CNUDCI 28(3).⁴⁴⁰ Cette conclusion tient compte du précédent dans l'affaire *Juliette Allen*, où le Tribunal a estimé devoir délibérer en prenant seulement en considération les preuves ayant été déposées dans les langues de la procédure:

*“If one of the parties, duly invited to produce documentary evidence, fails to do so within the established period of time, without showing sufficient cause for such failure, the arbitral tribunal may make the award on the evidence before it.”*⁴⁴¹

Néanmoins la démonstration circonstanciée de l'extrême biais de ces Rapports⁴⁴² peut être mise à la disposition du Tribunal arbitral au cas où il considérerait admissible le dépôt de ces Rapports sans la traduction.

⁴³⁷ *Counter-Memorial*, §§311, 312 ; notes de bas de page 34, 127, 244, 777-779, 788

⁴³⁸ Ordonnance de Procédure n° 1, point 1(10) : “*Eu égard à la complexité des questions qui y sont abordées, tous les rapports d'experts doivent être déposés à la fois en anglais et en français, indépendamment de la langue choisie par l'expert pour son témoignage.*”

⁴³⁹ Voir le courriel adressé par les Demanderesses le 6 septembre 2018 à la Défenderesse et à Mme. la Secrétaire du Tribunal arbitral

⁴⁴⁰ Règle 28: «*Défaut (...) 3. Si l'une des parties, régulièrement invitée à produire des documents, ne les présente pas dans les délais fixés, sans invoquer d'empêchement légitime, le tribunal arbitral peut statuer sur la base des éléments de preuve dont il dispose*”

⁴⁴¹ *Juliette Allen v Islamic Republic of Iran*, Award no 541-930-3 (11 Décembre 1992), cité dans Caron (D.D.)-Caplan (L.M), *The UNCITRAL Arbitration Rules: A Commentary*, Part III, *Ch.11 The Choice of Language*, Oxford Legal Research Library, 2nd Edition, page 383, nbp 51

⁴⁴² Voir les §§27-28 et la nbp 3 des Observations des Demanderesses, le 7 juin 2018, à la *Supplementary Submission on Bifurcation* du Chili du 31 mai 2018, renvoyant aux pièces C475 et C476

Le rapport de causalité entre les violations de l'article 4 de l'API en 2000 et 2002 et le dommage causé par celles-ci est établi dans la Sentence arbitrale initiale

280. Finalement, on rappellera ici que la conclusion de la Sentence arbitrale du 8 mai 2008 dans son §674 (v. *supra* §72(a1)) constitue l'un des fondements des points 1 à 3 du Dispositif de la SI, de même que

«§679. Ces faits ainsi rappelés, et la question de la qualité pour agir des demanderesses ayant été tranchée par le Tribunal arbitral, il reste à ce dernier à tirer les conséquences de ce qui précède, quant à l'obligation d'indemniser, son exécution concrète et le calcul de son montant. »

« §681. Quelle qu'ait pu être la base juridique retenue par la défenderesse dans sa décision d'indemniser, le Tribunal arbitral, lui, ne peut que se fonder sur le droit international pour constater le déni de justice [la violation] et le dommage [le préjudice] **résultant nécessairement** [lien de causalité] **du traitement (non "juste et équitable")** [la violation primaire] **réservé à l'investissement.** »

§682. « Dans leurs mémoires et dans la procédure orale, les demanderesses ont exposé (en tenant compte de la décision du Tribunal du 8 mai 2002 joignant les exceptions au fond) les raisons pour lesquelles elles avaient « droit à réparation [**lien de causalité**] conformément aux principes généraux du droit international, aux principes dégagés par la jurisprudence internationale et au droit chilien » (...) le Tribunal arbitral, compte tenu aussi des limites temporelles de sa compétence, a estimé que la base juridique correcte de la réclamation se trouvait (et ne pouvait se trouver que) dans l'article 4 de l'API relatif au traitement juste et équitable. Les demanderesses ont souligné que « la Décision N° 43 et le mécanisme mis en oeuvre... pour régler la somme d'environ USD 9 millions à des tiers non propriétaires » **constituaient [lien de causalité]** « également » **une violation de l'API du 2 octobre 1991 » [la violation].**

« §693. Il convient de rappeler dans ce contexte que **le préjudice à indemniser** (...) [est] celui **souffert** [lien de causalité] **en raison des violations de l'API** [la violation] **que le Tribunal arbitral a constatées et à propos desquelles il est compétent pour rendre une décision.** Notamment, **l'indemnisation** [pécuniaire] **doit servir à mettre les demanderesses dans la position dans laquelle elles seraient si les violations en question [la violation] n'avaient pas eu lieu [lien de causalité].** (...)»

[Soulignements ajoutés]

281. L'État a contesté devant le 1^{er} Comité *ad hoc* le rapport de causalité entre les violations de l'article 4 de l'API et le dommage. Le Comité a rejeté les prétentions de l'État à ce sujet (Décision, §§242-245):

« §242. Bien que le Tribunal ait rejeté la demande des Demanderesses [de mesures conservatoires relatives à l'exécution de la Décision 43], il n'a pas décidé que la Décision n° 43 ne pourrait jamais **causer de dommage** aux Demanderesses. Le Tribunal a déclaré que toutes indemnités octroyées au titre de la Décision n° 43 ne causeraient pas directement de dommage aux Demanderesses. Le Comité relève le paragraphe 63 de la Décision du Tribunal relative aux mesures conservatoires⁴⁴³ :

'S'agissant d'une décision visant des indemnités, elle n'est de toute façon, comme indiqué plus haut, pas opposable aux Parties Demanderesses et, par conséquent, ne cause pas (au moins directement) de dommage à ces dernières. En serait-il autrement, **ce dommage ne saurait être considéré par le Tribunal Arbitral comme irréparable** dès lors que, ainsi que l'a observé avec raison la Partie Défenderesse, dans l'hypothèse 'où le Chili serait condamné' sur le fond (par un Tribunal Arbitral CIRDI s'étant reconnu compétent), **la conséquence pratique évidente pour le Chili**, principale ou exclusive, **ne pourrait être que, soit l'obligation de restituer les actions revendiquées à leurs propriétaires légitimes (c'est-à-dire une restitution en nature), soit, en cas d'impossibilité d'une 'restitutio in integrum', l'obligation d'indemniser.**'⁴⁴⁴ »
[Soulignement ajouté]

« §243. De l'avis du Comité, ce paragraphe doit être lu comme signifiant que la Décision n° 43 n'a pas causé un préjudice qui justifierait l'octroi de mesures conservatoires. Il est clair que le Tribunal ne rendait pas de décision sur le fond de l'affaire. Comme il l'a déclaré au paragraphe 45 de sa Décision sur les mesures conservatoires :

45. L'objection paraît procéder d'un certain malentendu sur la nature même du système des mesures conservatoires établi par la Convention de Washington et sur l'objet et le sens des mesures qu'un Tribunal Arbitral du CIRDI peut être appelé à recommander. Il n'est évidemment pas question pour le Tribunal Arbitral de préjuger en aucune manière de ce que pourrait être (s'il se reconnaissait compétent sur le fond) sa décision quant à la substance du différend. Mais le mécanisme de l'article 47 de la Convention et de l'article 39 du Règlement n'appelle nullement le Tribunal Arbitral à « préjuger des droits entièrement éventuels », ou à « passer à l'analyse de matières hors de sa compétence » ou encore à « préjuger sur les résultats éventuels d'un procès

⁴⁴³ Pièce C15

⁴⁴⁴ Pièce C562, Décision du 25 septembre 2001 du TI sur la demande de mesures conservatoires des Demanderesses

qui *n'a même pas encore commencé en ce qui concerne le fond* » comme le pense la Partie Défenderesse.

§244. Comme l'ont soutenu les Demanderesses¹⁷⁰⁴⁴⁵ :

579. Dès lors, loin de reconnaître l'impossibilité pour la Décision n°43 de causer un préjudice aux Demanderesses, le Tribunal s'appuyait surtout sur le fait que l'exécution de la Décision n°43 ne rendrait pas impossible la réparation du préjudice subi par les Demanderesses. Il n'y a donc dans cette décision de rejet des mesures conservatoires sollicitées par les Demanderesses aucune contradiction avec la Sentence condamnant la République du Chili sur le fondement d'un traitement discriminatoire à raison notamment de la Décision n°43.

« §245. Le Comité est d'accord avec les Demanderesses. Le Tribunal ne s'est pas contredit. Par conséquent, il n'a pas traité le Chili d'une manière inéquitable et il n'a pas manqué à son obligation de motivation. Le Tribunal a respecté les règles qu'il avait posées pour la procédure d'arbitrage en ce qui concerne la Décision n° 43 et les raisons qu'il a données ne sont pas contradictoires. Les demandes de la Défenderesse fondées sur ces motifs en vertu de l'article 52(1)(d) et (e) sont donc rejetées. »

[Fin de la citation]

Cependant en opposant l'exception n° 2 à la compétence du Tribunal l'État replaide une prétention dont le rejet a l'autorité de la chose jugée.

En conclusion : cette exception est dénuée de fondement.

EXCEPTION N° 3 : le Tribunal ne serait pas compétent pour connaître des demandes concernant la prétendue inexécution de la Première Sentence

⁴⁴⁵ [170 Voir C-Mém. Dem. Annul., para. 579] Cette Réponse des Demanderesses du 15 octobre 2010 dans la Procédure en annulation de la Sentence arbitrale du 8 mai 2008, à l'initiative de l'État du Chili Réponse des Demanderesses dans la Procédure en annulation de la Sentence arbitrale du 8 mai 2008, à l'initiative de l'État du Chili, figure dans la **pièce C563**

*La Défenderesse souligne que les Demandeurs tentent d'établir dans la présente procédure que le Chili a violé le Traité en manquant aux obligations qui lui incombent en vertu de la Première Sentence. La Défenderesse fait valoir [1] que le Tribunal n'a pas le pouvoir de se prononcer sur la réparation due par le Chili pour la violation de l'API établie dans la Première Sentence, étant donné que c'était l'objet de la Procédure de réexamen devant le CIRDI. Le Tribunal de réexamen a conclu, avec autorité de la chose jugée, [2] que les Demandeurs n'avaient pas droit à une indemnisation pour les violations constatées dans la Première Sentence et [3] que la satisfaction constituait une réparation adéquate. La Défenderesse soutient que cette conclusion ne peut être remise en cause dans la présente procédure.*²⁵

282. Aucune exception de *res iudicata* relative à la SR n'est opposable aux controverses soumises devant le présent Tribunal dès lors que celles-ci sont nées entre les parties après la date critique du 3 novembre 1997et, en particulier, après le 8 mai 2008.

Ces controverses sont relatives à l'investissement au sens de l'API -tel qu'établi dans la Sentence arbitral initiale confirmée par la Décision de 2012 du Comité *ad hoc*, *res iudicata*- et aux droits qui lui sont inhérents, également sous la protection de l'API.

Le Tribunal a compétence sur toute controverse pour manquement de la Défenderesse aux obligations qui lui incombent en vertu de la Sentence arbitrale de 2008 et des articles 3, 4, 5 et 10(5) de l'API.

Concernant l'allégation [1]

283. Concernant cette allégation sur la compétence, l'État du Chili essaie de priver de tout effet utile l'autorité de la chose jugée de la Sentence de 2008 par le biais d'opposer abusivement à celle-ci la Sentence prononcée dans la procédure arbitrale que les Demanderesses avaient initiée en 2013. Celles-ci avaient conféré au Tribunal de Réexamen une mission ponctuelle, impérativement subordonnée à la *res iudicata* de la SI conformément à l'article 53 de la Convention du CIRDI et à l'article 10(5) de l'API, à savoir celle de fixer le *quantum* de l'indemnisation que la SI a condamné le Chili à payer pour des violations de l'article 4 de l'API

« résidant essentiellement dans la Décision n°43 [du 28 avril 2000] et le déni de justice allégué [le 4 novembre 2002] qui lui est lié (...) ». ⁴⁴⁶

284. Or la SR du 13 septembre 2016 elle-même a explicitement exclu de sa compétence temporelle toute controverse surgie entre les parties après le 3 novembre 1997 et, a *fortiori*, après le 8 mai 2008⁴⁴⁷. La SR a donc circonscrit sa décision aux questions soumises dans la Requête d'arbitrage initiale dont le texte intégral figure dans la **pièce C553**, que la SI décrit dans les termes suivants:

“§444. (...). Les parties demanderesses situent ainsi la première controverse après le 29 mai 1995, date à laquelle le juge de la Huitième Chambre du Tribunal correctionnel de Santiago a ordonné la restitution des titres de propriété de CPP S.A., des contrats de cession de ces titres et des justificatifs de paiement du prix. Le 6 septembre 1995, Victor Pey Casado a en effet adressé au Président du Chili une première demande de restitution des « biens confisqués, et actuellement aux mains du Fisc, appartenant à ‘l’Entreprise Périodique Clarín Ltée’ et au ‘Consortium Publicitaire et Périodique S.A.’ ».

“§445. Le différend se cristallise au cours des échanges ultérieurs entre M. Pey Casado et le gouvernement chilien : le 20 novembre 1995, le ministère des biens nationaux informe M. Pey Casado du fait que « pour le moment, il n’est pas possible d’accéder à ce qui est demandé, dès lors que la loi qui va régler la situation par vous décrite n’a pas encore été promulguée ». Le 10 janvier 1996, M. Pey Casado réitère sa demande de restitution auprès du Président de la République. L’offre de consultations amiables formulée par M. Pey Casado le 30 avril 1997 n’ayant débouché sur aucun accord, M. Pey Casado a exprimé son consentement à l’arbitrage par lettre du 2 octobre 1997.”

En définitive, la SR a exclu de sa compétence, entre autre,

A) « **la violation de l’article 4 du TBI en ne garantissant pas un traitement juste et équitable aux investissements des Demanderesses, en ce compris un déni de justice (...)** [qui] a autorité de chose jugée et **n’était pas l’objet de la présente procédure de nouvel examen**. Elle correspond donc à une obligation qui pèse toujours sur la Défenderesse », ⁴⁴⁸

⁴⁴⁶ **Pièce C14**, SI, §§464, 623, 674, 679

⁴⁴⁷ **Pièce C39**, SR, §§216 et 244 *in fine*

⁴⁴⁸ **Ibid.**, §244

B) « *les actions de la Défenderesse, [qui] depuis la transmission de la Sentence Initiale [le 8 mai 2008], ont constitué un nouveau déni de justice, au titre duquel une compensation est due (...) l'ensemble de cet argument n'entre clairement pas dans le champ de compétence de ce Tribunal* », dont « *la date critique* » est celle de « *la requête d'arbitrage initiale [du 3 novembre 1997]. Les questions qui ont surgi entre les Parties après cette date – et a fortiori les questions découlant d'une conduite postérieure à la Sentence – ne peuvent pas, même avec un gros effort d'imagination, entrer dans le champ de la procédure de nouvel examen.* »⁴⁴⁹

- les « *allégations de cette nature devraient faire l'objet d'un processus de production d'éléments de preuve en bonne et due forme avant de pouvoir convenablement donner lieu à une décision dans une procédure arbitrale (et elles seraient effectivement soumises à un tel processus)* ». ⁴⁵⁰

C) les conséquences découlant de la « *nullité du Décret 165* ».

Bref:

*Where a tribunal has merely declared itself to have no jurisdiction to entertain a suit, this does not prevent the same issue from being presented before another tribunal which may be competent.*⁴⁵¹

285. En conséquence, la compétence du présent Tribunal arbitral pour connaître des demandes concernant le manquement aux obligations établies dans la première Sentence ne peut pas être mise en question dès lors que ces obligations découlent de différends relatifs à des violations de l'API commises après le 28 avril 2000 qui ont l'autorité de la chose jugée, que la SR a déclaré ne pas être l'objet de la procédure de réexamen, et qui pèsent toujours sur la Défenderesse.

Concernant l'allégation [2]

286. Concernant cette allégation, la conclusion antérieure est également applicable aux points 3 et 4 du Dispositif de la Sentence de réexamen, qui n'affirment pas non plus ce que leur

⁴⁴⁹ **Ibid.**, §216

⁴⁵⁰ **Ibid.**, §216

⁴⁵¹ **Pièce C543**, Hanotiau (B.): *The Res Judicata Effect of an Award Rendered in a Connected Arbitration Arising from the Same Project*, §516

attribue l'État, à savoir « *que les Demandeurs n'avaient pas droit à une indemnisation pour les violations constatées dans la Première Sentence* »,

mais une chose bien différente dans ses fondements et sa portée

“3) *que les Demanderesses, sur lesquelles pesait la charge de la preuve, n'ont pas démontré de préjudice quantifiable qui leur aurait été causé par la violation de l'article 4 constatée par le Tribunal Initial dans sa Sentence ;*

4) *que le Tribunal ne peut donc pas octroyer aux Demanderesses de compensation financière à ce titre.*”

Ces points 3) et 4) du Dispositif ne peuvent faire référence qu'au différend sur lequel le TR a établi sa compétence temporelle, c'est-à-dire celui soumis à l'arbitrage à la « *date critique* » du 3 novembre 1997. Dans les termes de la SR elle-même :

*“le champ de compétence de ce Tribunal, (...) est limité (...) exclusivement au « différend » ou aux parties de celui-ci qui demeurent après l'annulation. Ces termes ne peuvent être interprétés que comme une référence au « **différend** » qui avait été initialement soumis à l'arbitrage, différend pour lequel la date critique était la requête d'arbitrage initiale des Demanderesses. Les questions qui ont surgi entre les Parties après cette date – et a fortiori les questions découlant d'une conduite postérieure à la Sentence – ne peuvent pas, même avec un gros effort d'imagination, entrer dans le champ de la procédure de nouvel examen (...)”*⁴⁵² [soulignement ajouté].

Cette exclusion de la compétence temporelle du TR dans le §216 de la SI est réaffirmé dans le suivant §244:

*« **La Sentence du Tribunal n'affecte pas la conclusion dans la Sentence Initiale selon laquelle la Défenderesse avait commis une violation de l'article 4 du TBI en ne garantissant pas un traitement juste et équitable aux investissements des Demanderesses, en ce compris un déni de justice ; cette conclusion a autorité de chose jugée et n'était pas l'objet de la présente procédure de nouvel examen. Elle correspond donc à une obligation qui pèse toujours sur la Défenderesse et une obligation qui, comme l'a conclu le Tribunal Initial est la conséquence d'une défaillance dans le fonctionnement du système interne du Chili pour la réparation des injustices passées qui ont été reconnues.** »* [Soulignement ajouté]

⁴⁵² Pièce C39, SR §216

L'obligation de réparer intégralement le préjudice causé par le fait internationalement illicite (art. 31 du Projet d'articles de la CDI sur la responsabilité de l'État pour fait internationalement illicite), en l'espèce porte sur une *violation de l'article 4 de l'API qui a autorité de chose jugée, n'était pas l'objet de la procédure de nouvel examen, qui pèse toujours sur l'État du Chili.*

287. La Sentence de réexamen ayant ainsi explicitement exclu de sa compétence les différends surgis entre les parties après la date critique, cette allégation sur la compétence du présent Tribunal arbitral contredit l'autorité de la chose jugée des points 3 et 4 du Dispositif de la SR et de leur fondement dans les §216 et 244, à savoir, réitérons-le, que les

« questions qui ont surgi entre les Parties après cette date – et a fortiori les questions découlant d'une conduite postérieure à la Sentence – ne peuvent pas, même avec un gros effort d'imagination, entrer dans le champ de la procédure de nouvel examen ... ».

288. Or tous les différends soumis au présent Tribunal arbitral ont surgi entre les parties après le 3 novembre 1997, notamment après la SI, et sont donc en dehors de la compétence telle qu'établie par le TR dans la SR, en particulier

a) le montant du dommage causé par les violations de l'API *résidant essentiellement dans la Décision n°43 [du 28 avril 2000] et le déni de justice allégué [dans le Mémoire complémentaire du 4 novembre 2002] qui lui est lié.* Ces différends, par définition, ont surgi après des violations de l'API en 2000 et 2002 ;

b) les différends surgis après la Décision du Comité *ad hoc* du 18 décembre 2012, qui a reconnu le droit des Demanderesses a soutenir que la valeur de la compensation pour les violations de l'API résidant essentiellement dans la Décision n°43 et le déni de justice qui lui est lié

*« était équivalente à celle résultant de la confiscation, étant donné que la violation de l'API par le Chili [en 2000 et 2002-2003] avait pour conséquence d'empêcher les Demanderesses d'obtenir une indemnisation au titre de la confiscation. »*⁴⁵³

A la suite de quoi la Décision du 1^{er} Comité *ad hoc* a reproché au Tribunal initial le fait d'avoir

⁴⁵³ Pièce C15, Décision du 1^{er} Comité *ad hoc* du 18 décembre 2012, §266

*« cependant adopté un autre standard. Il a placé les Demanderesses dans la situation dans laquelle elles se seraient trouvées s'il n'y avait pas eu de violation de l'API, et il a accordé le montant fixé par la Décision n° 43. »*⁴⁵⁴

Concernant l'allégation [3]

289. Le point 2 du Dispositif de la Sentence n'affirme pas ce que l'État lui attribue, à savoir « que pour les violations constatées dans la Première Sentence la satisfaction constituait une réparation adéquate », mais une tout autre chose et très circonscrite

“que, comme cela a déjà été indiqué par le Tribunal Initial, sa reconnaissance formelle des droits des Demanderesses et du déni de justice dont elles ont été victimes constitue en soi une forme de satisfaction au regard du droit international au titre de la violation par la Défenderesse de l'article 4 du TBI » [Soulignement ajouté]

290. Ce renvoi direct à « *comme...par le Tribunal initial* » rend explicite le sens et la portée de ce point 2 comme étant celui figurant dans la Sentence initiale, où la compensation sous forme de « satisfaction » a été mentionnée aux §689 et §704. En conséquence, le sens littéral et contextuel, l'objet et la finalité dudit point 2 du Dispositif de la SR ne saurait donc être ce que telle ou telle partie souhaiterait y voir mais ce qui est indiqué dans la SI⁴⁵⁵ elle-même, expressément indiqué, sans ambiguïté possible, de la manière qui suit au §704:

*« Une explication complémentaire se justifie en ce qui concerne la demande relative au dommage moral. Outre le fait que les demanderesses n'ont pas apporté de preuves permettant l'évaluation d'un tel préjudice le Tribunal arbitral estime que le prononcé de la présente sentence, notamment par sa reconnaissance des droits des demanderesses et du déni de justice dont elles furent victimes, constitue en soi une satisfaction morale substantielle et suffisante. »*⁴⁵⁶

291. Le point relatif au dommage moral a été traité dans la section III(L) de la SR, qui renvoie en effet aux §§689 et 704 de la SI :

⁴⁵⁴ **Ibid.**, §266

⁴⁵⁵ La version originale de la Sentence de réexamen plaçait en note de bas de page du point 2 du Dispositif un extrait précisément du §704 de la SI

⁴⁵⁶ **Pièce C14**, Sentence initiale du 8 mai 2008, §704

“Outre la demande de compensation au titre du préjudice matériel, les Demanderesses soumettent dans la présente instance, comme elles l’avaient fait dans la procédure initiale devant le Tribunal Initial, une demande de dommages-intérêts au titre du préjudice moral pour le compte de M. Pey Casado et, de manière distincte, de la Fondation.”⁴⁵⁷

“le Tribunal Initial a exprimé clairement à deux reprises, aux paragraphes 689 et 704 de la Sentence Initiale, son avis selon lequel les Demanderesses avaient tout simplement manqué à leur obligation de satisfaire à la charge de cette preuve et que la simple probabilité qu’un préjudice ait été susceptible d’être subi ne suffit pas. (...) ces deux paragraphes (...) sont en outre en parfait accord avec l’opinion du présent Tribunal sur la base des conclusions écrites et orales qui lui ont été soumises par les Demanderesses. La demande de dommages-intérêts pour préjudice moral doit donc être rejetée.”⁴⁵⁸ [Soulignement ajouté]

292. Par conséquent, le point 2 du Dispositif de la Sentence de Réexamen indique que l’objet de celui-ci concerne **uniquement** la *demande relative au dommage moral* - non la compensation dans le sens établi aux points 2 et 3 du Dispositif de la Sentence initiale (dont la cause et l’objet ne sont pas le « dommage moral » spécifique au §704 de la SI mais les violations de l’API *résidant essentiellement dans la Décision n°43* [du 28 avril 2000] *et le déni de justice qui lui est lié*).

La SR paraît ainsi avoir suivie, en substance, la proposition explicite de l’État du Chili devant le Tribunal de réexamen :

*« quant au préjudice moral, la Défenderesse avance que (...) **la position commune** est que le préjudice moral n’entre pas dans le champ de la « compensation » telle qu’elle est prévue dans la Sentence Initiale. »⁴⁵⁹ [Soulignement ajouté]*

293. La Défenderesse soutient-elle dans cette exception [3], renversant sa position devant le TR retenu dans la SR- que celle-ci aurait tranché ce point, par surprise, dans un sens différent de “*la position commune des parties*” ? ou en contradiction avec la Sentence initiale (§704) ?

⁴⁵⁷ **Pièce C39**, Sentence de réexamen du 13 septembre 2016, §241

⁴⁵⁸ **Ibid.**, §243. Le §216 de la SI figure transcrit au §11(2) *supra*

⁴⁵⁹ **Ibid.**, §193

Un tel revirement ou contradiction de la part de la Défenderesse contredit le raisonnement littéral et contextuel de la SR, en ce compris la conclusion de cette dernière ancrant la preuve produite par les Demanderesses relative au montant du dommage à « *la date cruciale* » de la demande initiale fondée dans l'article 5 de l'API⁴⁶⁰, après que la SI ait considéré que toute question surgie entre les parties après cette date était hors la compétence *ratione temporis* du TR

Or les différends soumis à l'arbitrage sous les règles de la CNUDCI sont tous nés après le 28 avril 2000, notamment après la SI du 8 mai 2008, et leur cause et objet sont distincts de ceux que les deux sentences du CIRDI ont considéré qui rentrent dans le champs de leur compétence *ratione materiae, ratione temporis ou ratione personae*.

En outre, comme il a été étayé *supra* (§§125-133), la Convention du CIRDI interdisant “*un nouvel examen de toute partie non annulée de la Sentence*” du 8 mai 2008⁴⁶¹, en cas de contrariété prévaudrait l'autorité de la chose jugée de la Sentence initiale dans la détermination de la nature et la portée de l'obligation qui pèse sur l'État de compenser les investisseurs.⁴⁶²

294. Par-dessus le marché, la Sentence de réexamen a réaffirmé, de manière également explicite, ce que « *in limine litis* » le TR avait placé hors sa compétence :

*« la demande au titre du dommage causé par la conduite de la Défenderesse dans la procédure arbitrale doit également être rejetée in limine litis, pour les raisons énoncées au paragraphe 216 ci-dessus. »*⁴⁶³ [Soulignement ajouté]

Les dommages-intérêts y ayant été exclus de la sorte, l'objet de « la satisfaction » accordée dans le point 2 du Dispositifs de la Sentence de réexamen est littéralement une réponse à « *la demande relative au dommage moral* » pour la période sur laquelle le TI a établi sa

⁴⁶⁰ **Ibid.**, §244 : « le Tribunal ne pouvait clairement pas permettre que la demande initiale fondée sur la confiscation soit de nouveau soumise de manière détournée sous couvert d'une violation du traitement juste et équitable subie plusieurs années plus tard » [soulignement ajouté]

⁴⁶¹ Voir l'article 53 de la Convention et la règle 55(3) du CIRDI

⁴⁶² La rédaction, le contexte, l'intention et la finalité de tous les paragraphes de la Sentence initiale qui portent, directement ou indirectement, sur la compensation et constituent le fondement du para. n° 2 du Dispositif confirment la nature pécuniaire de la compensation. Voir par exemple, les §§29,77-79, 448, 450, 454, 455, 462, 490, 496, 508, 594-596-598, 613, 614, 616, 621, 629-632, 635, 639, 641, 648, 647, 661, 662, 667, 668, 674, 728, ou les notes en bas de page 191, 589, 599 ou 617 dans la **pièce C14**.

Pièce C14, SI, §§

⁴⁶³ **Pièce C39**, SR, §243. Le §216 est reproduit dans le §11(2) *supra*

compétence, c'est-à-dire depuis la date d'entrée en vigueur de l'API le 29 mars 1994 jusqu'à « la date critique » du 3 novembre 1997. Cette conclusion est confirmée dans le point 5 du Dispositif de la SR :

« qu'il n'existe dans les circonstances de l'espèce aucun motif justifiant d'octroyer des dommages-intérêts au titre d'un préjudice moral, ni à M. Pey Casado, ni à la Fondation. »
[Caractères appuyés]

La compétence du Tribunal arbitral est conforme à la jurisprudence du Tribunal Suprême Fédéral suisse

295. L'arrêt du Tribunal Suprême Fédéral du 11 février 2010 a confirmé qu'un le Tribunal arbitral ayant son siège en Suisse a

« jurisdiction with regard to the obligation to pay compensation for damages as a consequence of the violation of the arbitration clause »,

pourvu que, sur le fond, le Tribunal arbitral n'enfreigne pas

*« les principes de pacta sunt servanda, de bonne foi, d'interdiction de l'abus de droits et de l'expropriation sans compensation et de la discrimination. »*⁴⁶⁴

296. Conclusion : Le respect effectif de ces quatre principes requiert du Tribunal arbitral qu'il rejette la 3^{ème} exception sur la compétence. L'État a fait preuve de mauvaise foi et d'abus de droits dès lors qu'il a manqué aux obligations qui, en vertu de l'article 10(5) de l'API, lui incombent compte tenu de l'autorité de la chose jugée de la SI et qui pèsent toujours sur lui. Les différends à ce sujet sont relatifs à l'investissement des Demanderesses, entrent dans le champ d'application des articles 10(1) et 10(3) de l'API et, en conséquence, la 3^{ème} exception sur la compétence est dénuée de fondement.

**

⁴⁶⁴ Pièce C564, ATF 4A_444-2009 du 11 février 2010 §§4.1.1, 4.2

EXCEPTION n° 4 : le Tribunal ne serait pas compétent pour connaître de la question relative à l'État du Chili et des membres des Essex Court Chambers

« *La Défenderesse fait valoir que les prétentions des Demandeurs relatives à la question concernant les Essex Court Chambers ont déjà été présentées au CIRDI dans le cadre de la Procédure en rectification et de la Deuxième Procédure d'annulation. La Défenderesse est d'avis que le caractère exclusif des procédures CIRDI et la règle d'élection de for de l'API, tout comme les principes de *lis pendens* et *ne bis in idem*, empêchent les Demandeurs de solliciter une seconde opinion dans la présente Procédure.* »⁴⁶⁵

297. L'article 1(2) de l'API Espagne-Chili dispose que « *aux fins du présent Accord par 'investissements' on désigne toute sorte d'avoirs, tels que biens et droits de toute nature (...) et, en particulier, (...) droits découlant de toute sorte d'apports réalisés dans le but de créer une valeur économique.* »

En matière de protection des investissements étrangers, le droit à l'arbitrage constitue en soi un investissement « *au sens du présent Traité* »⁴⁶⁶, comme il a été étayé dans le §175 et les décisions arbitrales citées dans la nbp n° 267 *supra*.

Les articles 10(1) et 10(3) de l'API Espagne-Chili confèrent aux investisseurs le droit de soumettre à un arbitrage sous les règles de la CNUDCI « *toute controverse relative aux investissements* ».

298. Que l'État du Chili ait la volonté et la capacité d'interférer afin de frustrer l'accès à l'arbitrage de M. Pey et de la Fondation Président Allende n'est plus à démontrer, elle est attestée dans la Sentence arbitrale initiale.

299. L'État a introduit comme « un illustre juriste mexicain » le premier arbitre qu'il a nommé dans le cadre de la procédure CIRDI le 14 septembre 1998, M. Jorge Witker. Ce dernier et l'État ont occulté le lieu de naissance de l'arbitre et le fait qu'il était chilien *iure soli et iure sanguinis*, frustrant ainsi les règles d'exclusion 1(3) et 3(1)(b)(1) à cet égard établie dans le

⁴⁶⁵ Décision du 27 juin 2018 sur la bifurcation, §78

⁴⁶⁶ Pièce C6, API Espagne-Chili, article 10.1

Règlement de la Convention du CIRDI⁴⁶⁷ afin d'éviter des conflits d'intérêts découlant de la nationalité.⁴⁶⁸ M. Witker n'a démissionné (SI, §9) que lorsque les Demanderesses ont produit la preuve de la forfaiture.

En parallèle, l'État du Chili a appuyé ses exceptions à la compétence du Tribunal arbitral en menant à terme avec le gouvernement de l'Espagne en septembre-octobre 1998 une « interprétation » commune des articles de l'API sur lesquels se fondait la requête déposée par les Demanderesses à la date du 3 novembre 1997, une manœuvre que le Tribunal initial a décrit dans les termes suivants

« Comme d'autres démarches ou manipulations auxquelles des parties à l'arbitrage croient devoir ou pouvoir recourir pendente lite pour infléchir le cours de la procédure ou influencer le Tribunal arbitral (v., par exemple, la Décision n°43 du 28 avril 2000, ou les tentatives faites pour obtenir de Madrid une interprétation favorable et commune d'un traité bilatéral), pareils actes sont de nature à susciter inévitablement le scepticisme des arbitres. » [SI, nbp n° 270 et §§438-440 cités supra aux §§90-92]

300. Pour remplacer M. Witker le Chili a nommé le 18 novembre 1998 M. Leoro Franco, qui, le moment venu, a torpillé l'arbitrage de la manière que décrivent les §§34 à 37 de la Sentence arbitrale initiale :

“34. Au cours de l'été 2005, le Président rédigea un projet partiel de décision sur la compétence, dont il soumit le 3 juin le texte, confidentiel, aux autres membres du Tribunal pour une délibération prévue à New York le 19 septembre 2005.

35. Par lettre du 23 août 2005, la République du Chili a demandé la récusation des trois membres du Tribunal arbitral, dont l'un (l'Ambassadeur Galo Leoro Franco, de nationalité équatorienne) donna sa démission par lettre du 26 août 2005, au motif qu'il aurait perdu la confiance de la partie l'ayant désigné. A la suite de cette démission, le Chili a retiré par écrit sa requête de récusation concernant ce dernier. La démission de Monsieur Leoro Franco, à la veille de la délibération du Tribunal fixée avec son accord, n'étant justifiée au regard d'aucun des motifs prévus aux articles 56 (3) de la Convention CIRDI et 8 (2) du Règlement d'arbitrage, elle n'a pas été acceptée par les

⁴⁶⁷ Règle1(3) : «Lorsque le Tribunal se compose de trois membres, un ressortissant de l'un ou l'autre de ces États ne peut pas être nommé comme arbitre par une partie sans l'accord de l'autre partie au différend » ; Règle 3(1)(b)(1) : » l'autre partie, dans sa réponse : (i) désigne l'arbitre nommé par elle, qui ne doit pas avoir la même nationalité que l'une ou l'autre des parties ou en être ressortissant”

⁴⁶⁸ **Pièce C565**, les Demanderesses communiquent au CIRDI que l'arbitre nommé par l'État du Chili a occulté qu'il est chilien *iure soli* et *iure sanguinis* (pièce CN76f de la procédure en annulation de la Sentence arbitrale du 8 mai 2008, à l'initiative de l'État du Chili).

deux autres membres du Tribunal arbitral, et le Président du Conseil administratif a été appelé à pourvoir à la vacance ainsi créée. C'est ce qu'il a fait en désignant M. Emmanuel Gaillard, professeur de droit et avocat à Paris.

36. Il est apparu par la suite, notamment après un entretien accordé par M. Robert Dañino, alors Secrétaire général du CIRDI, à une importante délégation chilienne sur la demande de cette dernière, que la récusation demandée par le défendeur à la veille de la délibération prévue par le Tribunal arbitral était motivée en réalité par la connaissance du projet de décision partielle proposé par le Président, projet interne que l'Arbitre Leoro Franco avait cru pouvoir communiquer à la partie qui l'avait désigné, au mépris de l'obligation, incontestée, de la confidentialité des documents de travail du Tribunal et du secret des délibérations.

37. L'existence de cette violation n'est pas contestée, mais au contraire reconnue par la défenderesse. Le doute subsiste seulement sur la question de savoir qui en a pris l'initiative mais il n'incombe pas au présent Tribunal arbitral de se prononcer à ce sujet, malgré les protestations et demandes présentées au CIRDI par les demanderesses.”

301. Le **Mémoire** a soumis et étayé que ce dessein de l'État du Chili de joindre au déni de justice la frustration de l'accès à l'arbitrage

- constitue un fait continu enfreignant l'API Espagne-Chili depuis la constitution du Tribunal arbitral initial le 14 septembre 1998 -après donc « la date critique » du 3 novembre 1997,
- qui s'est poursuivi depuis que le TI a décidé le 8 mai 2008 de mettre fin au différend de manière qui a paru insatisfaisante à l'État du Chili (SI, §691),
- et a continué durant la procédure de réexamen de la Sentence arbitrale initiale entre juin 2013 et le 13 septembre 2016.

302. Jan Paulsson et le Juge Schwebel ont rappelé sous quelles conditions la frustration d'une procédure arbitrale peut constituer un déni de justice⁴⁶⁹

In classical international law, a State denies justice when its courts are closed to foreign nationals or render judgments against foreign nationals that are arbitrary. In modern

⁴⁶⁹ **Pièce C566**, Paulsson (J.), *Repudiation by a state of an agreement to arbitrate*, dans Denial of Justice in International Law, Cambridge University Press, 2005, pages 149-157

*international law, a State denies justice no less when it refuses or fails to arbitrate with a foreign national when it is legally bound to do so, or when it, whether by executive, legislative or judicial action, frustrates or endeavors to frustrate international arbitral processes in which it is bound to participate. These cases are of exceptional importance in recognizing and applying this cardinal principle.*⁴⁷⁰

*Might it be said that the frustration of an agreed arbitral mechanism exposes the author of the mischief to the possibility that other legal systems will organise alternative arbitral proceedings in order to overcome the potential denial of justice?*⁴⁷¹

[when] *the government had made a promise to a foreign party that the justice would vouchsafe was that of arbitration, the failure to respect this promise...is an international delict.*⁴⁷²
[Emphase ajouté]

303. Le Prof. Schreuer pour sa part affirme que

*the ATA v Jordan Decision reinforces the Decision of the Saipem Tribunal as to the liability of States which interfere with arbitral rights and lawfully obtained arbitral awards. Such liability would normally entitle an award creditor to initiate ICSID or other investment treaty arbitration. It is also worth noting that both the Saipem and the ATA Tribunals consider an award 'as an aspect of the 'entire operation' for purposes of deciding whether there had been an investment for the purposes of' so the relevant treaty. In addition, the ATA Tribunal made clear that the right to arbitrate (ie the non-statutory extinction of the right to arbitration) was a 'distinct' investment in that it had financial value related to an investment.*⁴⁷³

304. La controverse figurant dans la section III(v) du **Mémoire** s'est cristallisée **le 13 avril 2017**, lorsque l'État a répondu à un conseil des Demanderesses qu'il entretenait des rapports avec des membres des Essex Court Chambers au moins depuis 2005 dont l'identité, les paiements effectués et leurs dates respectives ne seraient pas communiquées aux Demanderesses.⁴⁷⁴

⁴⁷⁰ **Pièce C567**, Schwebel (S.), 'Injunction of Arbitral Proceeding and Truncation of the Tribunal', (2003) 18(4) *Mealey's International Arbitration Report* 33, p. 38, *in fine* (citations omisses), **ibid.**, page 153, nbp 64

⁴⁷¹ **Pièce C566**, page 154

⁴⁷² **Ibid.**, page 157

⁴⁷³ Schreuer (Ch.), *The ICSID Convention*, 1st ed., art. 54, §§70-74

⁴⁷⁴ **Mémoire**, §§53-5 ; **Pièce C180**, réponse des autorités du Chili le 12 avril 2017 à la Fondation « Président Allende »,

305. La controverse figurant dans la section III(vi) a surgi lorsque, lors de l'audience devant le 28^{ème} Tribunal Civil de Santiago du **5 septembre 2017**, le Ministère des AA.EE. a également refusé de produire les documents ordonnés dans l'injonction du 24 juillet 2017⁴⁷⁵ :

« Les faits survenus le 5 septembre 2017 ont donné naissance à une nouvelle controverse, ayant un certain rapport mais indépendante de la précédente -décrite à la section III-v ci-dessus- un acte de déni de justice per se dont le sujet est une déviation du due process of law qui (...) constituent une infraction à l'article 4 de l'API Espagne-Chili, un manquement à l'obligation de traitement juste et équitable, en ce compris le déni de justice. »⁴⁷⁶

Cette injonction a été émise dans le cadre de la demande de mesures préjudicielles formée le 27 juillet 2017 par la Fondation Président Allende en vue de soulever la responsabilité civile extracontractuelle de l'État du Chili dans le conflit objectif d'intérêts que celui-ci a créé en janvier 2014 en occultant ce qui constitue une emprise majeure sur le groupement d'avocats dont faisait partie la majorité du Tribunal de Réexamen.⁴⁷⁷

306. La cause de ces controverses est constituée, en particulier, par des manquements de la part de l'État à des droits garantis par l'API, notamment

- i. Par l'article 10(1) : le droit à ce que la controverse relative à l'investissement au sens du Traité puisse être résolue dans un arbitrage international ;
- ii. par l'article 10(3) : le droit à l'accès à l'arbitrage international ne peut pas être répudié par le biais d'interférences et d'obstructions de l'État Défendeur dans la procédure arbitrale;
- iii. par l'article 10(4) : le droit effectif à l'arbitrage international a été nié par l'État Défendeur après que les investisseurs aient effectué le choix du for établi à l'article 10(2) de l'API ;
- iv. par l'article 10(4) – qui garantit le droit des investisseurs à ce qu'un tribunal arbitral indépendant et impartial tranche le différend conformément à la loi applicable ;
- v. par l'article 10(5) : les obligations de l'État du Chili établies aux points 2 et 3 du Dispositif de la Sentence arbitrale du 8 mai 2008 sont définitives et contraignantes avec

⁴⁷⁵ Pièces C110, C386 et C387, accessibles dans le site du Tribunal dans <http://bit.ly/2BV72hH>

⁴⁷⁶ Mémoire, §§67-68

⁴⁷⁷ Pièce 195e

l'autorité de la chose jugée, à savoir le droit des Demandereses et de leur investissement à un traitement juste et équitable, en ce compris l'obligation de s'abstenir de tout déni de justice (art. 4 de l'API). L'État a manqué à cette obligation en refusant de révéler, lors de la constitution du TR en janvier 2014 et après, l'envergure et l'identité de ses rapports financiers avec des membres du groupement d'avocats dont sont membres la majorité des arbitres dans la procédure suivie auprès du CIRDI entre juin 2013 et octobre 2017; que le groupement s'intitule *chamber* ne modifie en rien les effets des enjeux communs pouvant entraîner un conflit d'intérêts torpillant un arbitrage soumis au droit international (voir *infra* §§312-326) ;

307. Ces controverses sont relatives à l'investissement de M. Pey et de la Fondation et entrent dans le champ d'application des articles 10(1) et 10(3) de l'API.

308. La cause et l'objet de ces controverses constituent un fait continu de mise à mal délibérée de la conduite de l'arbitrage, qui n'a été tranché par aucun Tribunal compétent.

En effet, le Tribunal constitué dans le cadre du CIRDI en janvier 2014, devenu *functus officio* le 6 octobre 2017⁴⁷⁸, a exclu expressément de sa compétence les controverses surgies entre les parties après le 8 mai 2008 (SR, §§216 et 244 *in fine*). Ces controverses sont également hors la compétence du 2^{ème} Comité *ad hoc*, constitué en janvier 2018 et dont la compétence porte strictement sur le motifs d'annulation dont il est question dans l'article 52(1) de la Convention du CIRDI et leur application éventuelle à la SR.

309. L'interférence sous couvert d'une soi-disant « sécurité nationale » dans la procédure arbitrale de réexamen est incompatible avec les principes de justice naturelle devant prévaloir au sein de tout Tribunal arbitral, qui conduit à une contradiction insurmontable vis-à-vis de toute notion de justice.

La dissimulation de l'envergure des contributions financières de l'État du Chili, et de ses émanations, à des membres de ce groupement d'avocats, et, par cette voie, leur contribution proportionnelle au partage des coûts d'infrastructure, des moyens et du *marketing* dont bénéficient tous ses membres, a occulté un conflit apparent objectif entre l'État Défendeur et des membres de ce groupement qui en janvier 2014 ont constitué la majorité du TR avec la

⁴⁷⁸ Le 6 octobre 2017 le Tribunal de réexamen a communiqué sa Décision (**pièce C39bis**, accessible dans <https://bit.ly/2icb0wZ>) sur la demande du 27 octobre 2016 (accessible dans <https://bit.ly/2r6vd9q>) de correction d'erreurs matérielles contenues dans la Sentence du 13 septembre 2016

mission de fixer le *quantum* que, conformément à la SI, cet État doit payer à des Demanderesses qui n'ont apporté et ne sauraient rien apporter aux finances de ce groupement.

L'État du Chili a détruit ainsi l'égalité des parties concernant l'accès à une information qui leur était nécessaire lors de la constitution du TR en janvier 2014 et par la suite, indispensable pour mesurer l'envergure, dans les circonstances spécifiques d'espèce, des moyens d'influence objective de l'État sur deux arbitres du TR membres dudit groupement d'avocats.

310. En outre, en occultant lors de la constitution du TR en janvier 2014, et après, l'information relative à l'envergure et à la profondeur dans le temps de ses rapports avec des membres de ce groupement d'avocats, **l'État du Chili a créé une situation qui rendait impossible aux Demanderesses de recourir, en janvier 2014 et après, aux moyens légaux établis dans la loi applicable** dont la finalité est d'assurer que le différend soumis à l'arbitrage conformément aux articles 10 et 10(3) de l'API soit tranché par un Tribunal impartial et indépendant de toutes les parties.

Les articles de presse sur lesquels le Chili prétend avoir attiré l'attention des Demanderesses et du Président du Conseil Administratif du CIRDI le 16 décembre 2016⁴⁷⁹ ne font aucune mention de ce que les représentants du Chili devant la CIJ étaient des membres d'ECCh, pas plus que la Sentence de l'affaire *Vieira c. le Chili*⁴⁸⁰ n'identifiait M. Lowe, expert de l'État Défendeur, comme membre d'ECCh.

Sauf à avoir une connaissance parfaite des membres d'ECCh - ce qui ne saurait être exigé des Demanderesses - l'information disponible en janvier 2014 et après ne permettait pas d'établir l'existence de liens directs entre l'Etat et les membres d'ECCh, et encore moins les liens étroits qui se dessinent au fur et à mesure des informations portées à la connaissance des Demanderesses à partir du 20 septembre 2016 et des indices sur l'existence de ces liens, source de conflit apparent d'intérêts objectif.

⁴⁷⁹ *Counter-Memorial*, §172 et le **pièces R-099 à R-103**

⁴⁸⁰ Aucune mention à M. Vaughan Lowe, expert du Chili dans l'affaire [SA Eduardo Vieira c República de Chile](#), CIADI ARB-04-7, l'identifie dans la [Sentence du 21 août 2007](#) comme membre des ECCh (voir dans <https://bit.ly/2AvzXfL> les §§136, 137, 205, 285, la page 48(§72) et les notes bas de page nos. 15 28, 65, 88).

311. L'État du Chili est un client important qui confie des dossiers stratégiques et d'autres dossiers importants à des membres d'ECCh, avec des liens financiers considérables, qui rendent la relation d'autant plus susceptible de conflit apparent objectif d'intérêts .

312. Indépendamment de cela, le 20 avril 2018 l'État du Chili a frustré l'accomplissement de l'injonction du 24 juillet 2017 du 28^{ème} Tribunal Civil de Santiago destinée à révéler l'envergure de ses rapports financiers avec des membres de la *Chamber* dont faisaient partie la majorité des arbitres du TR, alléguant à nouveau que les révéler porterait atteinte à « l'intérêt national ». ⁴⁸¹

313. L'État a enfreint de la sorte ses obligations les plus élémentaires et les plus fondamentales relatives à la transparence, l'indépendance, la neutralité et l'impartialité constitutives de l'accès à l'arbitrage offert aux investisseurs/Demandeurs par les articles 10(1), 10(3) et 4 de l'API.

314. En l'espèce, les Demanderesses ont fait valoir que lorsque l'État a occulté en janvier 2014, et après, aux parties Demanderesses l'envergure financière de ces rapports il a enfreint des normes substantives impératives et d'ordre public procédural garanties dans l'API (articles 10(1), 10(3) et 4)⁴⁸², et par des principes contraignants dans le droit interne du Chili dont l'article 5 de la Constitution.⁴⁸³, la Convention américaine relative aux DD.HH. -articles 1(1) et 8(1)- et le PIDCP -articles 2(3) et 14(1)- cités *supra* (§§124, 139).

315. Les faits constitutifs et les fondements de ces controverses sont étayés dans le **Mémoire**.⁴⁸⁴

316. Les exceptions sur la compétence que formule l'État au sujet de cette controverse sont dénuées de fondement, notamment pour les motifs qui suivent :

1. Le TR a déclaré le 13 septembre 2016 que sa compétence *ratione temporis* était limitée aux questions surgies entre les parties avant la date critique du 3 novembre 1997 (SI, §216), et le

⁴⁸¹ **Pièces C569f, C180e, C196, C386, C478, C481, C482, C483, C483bis.** La Demande de mesures préjudicielles déposée devant un Tribunal civil de Santiago le 27 juin 2017 contre le Ministère des Affaires Etrangères du Chili figure dans les **pièces C195e**[espagnol] et **C195f**[français]

⁴⁸² Voir dans le **Mémoire**, entre autres, les §§ 56, 63, 68,131(b), 133 *in fine*, 308 ou 311

⁴⁸³ **Ibid.**, §§131(b), 203, nbp 273

⁴⁸⁴ **Ibid.**, voir les fondements de ces controverses dans les sections III(v) et (vi)

15 juin 2017 il a considéré, avec l'assentiment de l'État Défendeur, qu'il était hors sa compétence

« d'ordonner à la République du Chili de divulguer certaines informations dont les Demanderesses avait auparavant demandé la communication au ministère des affaires étrangères du Chili ; de faire en sorte que le CIRDI mène toutes enquêtes raisonnables à cet égard et en révèle les résultats; et de tirer les conclusions appropriées de ces résultats. Ayant maintenant étudié (...) la réponse écrite de la Défenderesse à ces demandes, contenue dans sa soumission du 9 juin 2017, le Tribunal conclu que les mesures que les Demanderesses cherchent à obtenir aux termes de leur requête sont dépourvues de tout lien avec les corrections demandées, et ne relèvent dès lors pas des pouvoirs et fonctions du Tribunal dans la présente instance en correction. La requête des Demanderesses est par conséquent rejetée. »⁴⁸⁵

2. Les articles 26 et 52(6) de la Convention CIRDI sont inopposables au présent Tribunal arbitral -voir *supra* la section IV.1 et les §§111-118 et 211.

3. Il n'existe aucune décision juridictionnelle au Chili ni ailleurs, ni de procédure concurrente, relative à l'objet et la cause de ce différend spécifique – le sabordage par l'État du Chili de l'accès à l'arbitrage pour résoudre un différend.

4. Il n'existe pas en l'espèce de *bis in idem*. Comme l'affirme la doctrine qualifiée

The principle of ne bis in idem does not apply to the substance of a dispute if the ICSID tribunal has given an award in which it finds that the dispute is not within the jurisdiction of the Centre or not within its own competence, in accordance with Arbitration Rule 41(6) (see Art. 41, para. 73). In other words, if an ICSID tribunal declines jurisdiction over a dispute, a party may take that dispute to another forum for a decision on the merits.⁴⁸⁶

En effet l'objet et la cause des décisions prises par M. le Président du Conseil administratif du CIRDI⁴⁸⁷ -dans le cadre de la Règle d'arbitrage 9 du CIRDI et qui ne sont pas de nature juridictionnelle- sont distincts de ceux des différends indiqués soumis dans le **Mémoire** dans le cadre des articles 10(1) et 10(3) de l'API.

⁴⁸⁵ **Pièce C193**, communication des Demanderesses au CIRDI le 9 juin 2017, et pièce C194, résolution du Tribunal arbitral du 15 juin 2017

⁴⁸⁶ Schreuer (Ch.), *The ICSID Convention*, 2ème ed., Article 53, §32

⁴⁸⁷ Voir les **pièces C188 et C189**, des 21 février et 21 avril 2017, respectivement, relatives à la respectueuse proposition motivée de récusation de deux arbitres

En outre, même devant un jugement passé en force, un arrêt récent du Tribunal Suprême Suisse a considéré la nécessité «*de faire barrage à d'éventuelles manœuvres visant à torpiller la procédure arbitrale* », dans les termes suivants :

« *on peut sérieusement se demander si, dans des situations aussi spécifiques que celle qui caractérise la cause en litige, une approche moins formaliste de la notion d'identité des parties ne serait pas souhaitable (...) dans la procédure introduite ultérieurement devant un tribunal arbitral ayant son siège en Suisse et de faire barrage à d'éventuelles manœuvres visant à torpiller la procédure arbitrale. La sécurité du droit dût-elle en pâtir, il conviendrait alors d'opter, dans ce genre d'affaires exceptionnelles, pour un examen plus approfondi de la situation, sans attacher trop d'importance au critère formel de la seule participation des signataires de la convention d'arbitrage à l'un et l'autre procès. (...) Mesurée à cette aune, l'appréciation de la situation, telle qu'elle a été faite en l'espèce par le Tribunal arbitral (...) ne prêterait pas le flanc à la critique.* »⁴⁸⁸

En l'espèce, les Demanderesses ont soumis que la nécessité de faire barrage aux actes avérés de l'État du Chili depuis le 8 mai 2008 visant à torpiller la procédure arbitrale est l'une des conséquences de l'autorité de la chose jugée des Sentences du CIRDI de 2008 et 2016 et de la Décision du Comité *ad hoc* de 2012.

En l'absence de toute procédure dont l'objet serait de faire barrage auxdits actes de torpillage de l'arbitrage, les conditions de la *lis pendens* ou du *bis in idem* allégués par celui-ci dans le *Counter-Memorial* (§§284-285) et la *Supplementary Submission* du 31 mai 2018 (§§2,4,7 à 10) n'existent pas.

Les faits à l'origine de la controverse relative à l'emprise de l'État du Chili sur les ECChs

317. Les professionnels indépendants qui fonctionnent dans le cadre d'un *Chamber* anglais partagent des coûts et des apports matériels proportionnels de la part des membres qui perçoivent des rétributions pour les services qu'ils prêtent à un client de l'importance d'un État comme le Chili et /ou des organismes qui en dépendent.

318. En particulier, les *chambers* ont développé des techniques de marketing et de promotion similaires à celles utilisées par des *law firms* ou tout autre prestataire de services dans un environnement concurrentiel. La réussite d'un *barrister* peut être ainsi mise en avant pour servir

⁴⁸⁸ Pièce C426, ATF 140 III 278 du 27 mai 2018, §4.2.1

les intérêts promotionnels du *chamber*, ce qui permet à celle-ci d'en profiter, ainsi que l'ensemble de ses membres.

319. En effet, comme l'explique la doctrine en arbitrage international :

"In England, and a few other jurisdictions, some lawyers practice together in 'chambers' which are organized as collections of sole practitioners who share certain common costs but who are otherwise financially and professionally independent. English courts historically rejected claims that a barrister, nominated as arbitrator, should be removed because he or she was in the same chambers as counsel to one of the parties. Foreign courts also generally reached similar results.

These conclusions rested, however, on assumptions regarding the commercial structure and professional setting of barristers' chambers. In recent years, this structure and setting has significantly evolved, with barristers' chambers increasingly engaging in common promotional, training and other professional activities comparable to those of law firms. As a consequence, conclusions regarding barristers' independence must be re-examined in light of the realities of contemporary practice. That reexamination has occurred in several recent cases, with some authorities now holding that, at least in international cases, the relationship between members of barristers' chambers are relevant to an arbitrators' independence in much the same manner that relationships within law firms are relevant" (nous soulignons).⁴⁸⁹

"London chambers increasingly brand themselves as specialists in particular fields, with senior 'clerks' taking on marketing roles for the chambers, sometimes travelling to stimulate collective business. Moreover, a barrister's success means an enhanced reputation, which in turn reflects on the chambers as a whole."⁴⁹⁰

"Significant changes occurred in the 90's and the beginning of the 2000's to the way in which chambers presented and marketed themselves. The practice of law in general became more commercial and the prohibition on advertising by barristers was lifted. Some chambers grew very considerably in size and whereas chambers used to be known simply by the postal address of the building from which the members practiced, more and more they started to brand

⁴⁸⁹ **Pièce C515**, Born (G.), "Chapter 12 : Selection, Challenge and Replacement of Arbitrators in International Arbitration" in *International Commercial Arbitration*, 2nd Ed., 2014, Kluwer International Law, p. 1894

⁴⁹⁰ **Pièce C570**, W. W. Park, "Arbitrator Bias", *Transnational Dispute Management*, Vol. 12, Issue 6, Novembre 2015.

themselves by the name of the chambers, the previous address of the chambers or the name of an illustrious former head of chambers."⁴⁹¹

*"The use of advertisements alone seriously impeaches the sweeping assertion that these are merely "independent self-employed practitioners". A reasonable complainant viewing these advertisements could understandably harbour doubts as to the barristers' ability impartially to judge their fellow members of chambers. Indeed, barristers that tout their skills as a unit may fairly be said to have a stake in the success of their fellow barrister".*⁴⁹²

320. Cette publicité, et le surplus d'activité qui peut en résulter, influe directement sur la performance de la *chamber*, puisque celle-ci est financée par ses membres à proportion de leurs revenus, et leur offre des services communs. Ainsi que le relèvent les praticiens Mark Green et Edith A Robertson dans une étude réalisée à ce sujet :

"1) Barristers (...) can benefit from considering how the collective entity -the chambers-can be made more profitable. It is not necessarily appropriate for the chambers entity to make a profit in the sense of a financial surplus. However, it is relevant to talk about a profitable set of chambers, in the sense of a chambers that offers each of its barrister members the opportunity to pursue a profitable practice.

The income of chambers (...) is directly related to the amount of money that the members of chambers receive over any given period, regardless of the procedure or process adopted for contributions.

2) Chambers are financed by contributions from members. The 2002 BDO Stoy Hayward Survey of Barristers' Chambers found that the most popular way of calculating contributions was to take a percentage of the member's income."⁴⁹³.

⁴⁹¹ **Pièce C171**, K. Daele, "Chapter 6 : Challenge and Disqualification on the Ground of Independence Issues" in *Challenge and Disqualification of Arbitrators in International Arbitration*, Kluwer Law International, 2012, § 6-107.

⁴⁹² **Pièce C572**- A. H. Merjian, "Caveat arbor : Laker Airways and the Appointment of Barristers as Arbitrators in Cases involving Barrister-Advocates from the Same Chambers", *Journal of International Arbitration*, 2000, pp. 31-70.

⁴⁹³ **Pièce C573**, Green (M.)- Robertson (E.A.), *associate at BDO Stoy Hayward et director at Falcon Chambers*, respectivement, "Running a profitable set of chambers", article publié le 14 février 2003 dans *Reporter* 153 NLJ 209, accessible dans <http://bit.ly/2F7HL5f> ; v. également **pièce C574**, Smith (C.) "Mansfield team move chambers", un article publié le 9 novembre 2015 dans *Reporter LS Gaz*, 9 Nov, 6 (2), accessible dans <http://bit.ly/2F6e58A>, qui relève que les *Chambers* bénéficient des contributions des *barristers* à leur frais en proportion des honoraires perçus par ces derniers, d'en moyenne 25%.

321. C'est une analyse similaire que fait le Dr Marc K Peter, directeur de *LexisNexis Butterworths* :

"Greater numbers of individual barristers and chambers are engaging in strategic, well executed marketing plans to attract regular, well-paid work. The LN survey indicates that over half of barristers believe that having a clear marketing strategy cemented directly to business goals can lead to the success of the chambers." (Nous soulignons)⁴⁹⁴.

322. Les considérations qui précèdent s'appliquent tout particulièrement aux *Essex Court Chambers*, qui occupent une place prépondérante sur la place londonienne de l'arbitrage international et se décrivent elles-mêmes comme "a leading set of barristers' chambers, specialising in commercial and financial litigation, arbitration, public law and public international law".⁴⁹⁵

323. Enfin, bien qu'ils se disent professionnels indépendants, les *barristers* partagent au sein d'un *chamber* des locaux et d'autres moyens matériels et humains, ce qui rend vraisemblable voire inévitable que, dans le déroulement normal de leurs interactions quotidiennes, ils soient amenés à discuter entre eux des dossiers dont ils traitent, en l'absence de règle contraignante en sens contraire ou de *Chinese wall* créé à cet effet pour les besoins d'un dossier. Comme l'affirme Mr. Athelstane Aamodt, *barrister* à 4-5 Gray's Inn Square:

« The first thing I do when I go into chambers is check my pigeonhole. I wager that all barristers do this, on average, about one hundred times a day. The reason for this is simple. Paper in your pigeonhole usually means that you've been paid. My morning will invariably be punctuated by people dropping in for a chat. Barristers love to natter, and the conversations will invariably involve stories about a recent courtroom victory or defeat, or an unreasonable client/opponent/judge/solicitor. »⁴⁹⁶

324. Les raisons exposées ci-dessus démontrent qu'en ne révélant pas l'envergure des liens existants entre la République du Chili et des membres des *Essex Court Chambers* la République du Chili a occulté aux Demanderesses un conflit d'intérêts objectif susceptible d'interférer avec l'indépendance et l'impartialité du Tribunal arbitral.

⁴⁹⁴ **Pièce C575**, Peter (M.), director at LexisNexis Butterworths, *Smart Investment (Pt2)*, article publié le 24 janvier 2016 dans Reporter 166 NLJ 7684, p20, accessible dans <http://bit.ly/2FedULA> ; voir également **pièce 576**, Ronan (C), chief executive, St John's Buildings, *Driving change at the Bar*, un article publié le 14 juillet 2017 dans Reporter 167 NLJ 7754, p20, accessible dans <http://bit.ly/2FiZpGg>

⁴⁹⁵ Page d'accueil du site Internet des Essex Court Chambers, <https://essexcourt.com/>

⁴⁹⁶ **Pièce CL342**, Aamodt (A.), *A life in the day*, Reporter, 166 NLJ 7692, p22, accessible dans <http://bit.ly/2csync5>

325. Des faits postérieurs au dépôt du **Mémoire** montrent le cheminement de l'occultation de la part de l'État Défendeur, à savoir:

1. Alors que le **Mémoire** a fait valoir que

« §63. *Compte tenu des obligations de l'État du Chili d'assurer de bonne foi l'accès des investisseurs à l'arbitrage et à l'exécution de la Sentence arbitrale du 8 mai 2008, comme le disposent les articles 3, 4, 10(4) et 10(5) de l'API, le secret ainsi imposé par l'État du Chili dans la procédure suivie sous la juridiction du CIRDI n'est pas compatible avec les principes de droit international général auxquels renvoie l'article 10(4) de l'API Espagne-Chili, dont ceux du due process, ni avec l'exécution de bonne foi, conformément au principe de la res iudicata, des paras. 1, 2 et 3 du Dispositif de la Sentence arbitrale du 8 mai 2008* »⁴⁹⁷,

2. et que le 4 janvier 2018 la Fondation Demanderesse a sollicité du 1^{er} Tribunal civil de Santiago d'imposer au Ministre des AA.EE. les contraintes prévues à l'article 276 du Code de Procédure Civile pour ne pas avoir déféré à l'injonction du 24 juillet 2017 de produire les montants des paiements versés à des membres des Essex Court Chambers⁴⁹⁸,

3. les 5 et 12 janvier 2018 le Conseil de Défense de l'État, qui assure la représentation de celui-ci devant le 28^{ème} Tribunal civil de Santiago, a déposé auprès de cette juridiction deux sommations, dont la portée intimidatrice est à peine voilée, demandant de manière pressante que soit privée d'effet ladite injonction après avoir refusé d'y déférer⁴⁹⁹ ;

4. Le 15 janvier suivant la Fondation a formulé son opposition à cette la prétention de l'État et a réitéré la demande de voir imposer les contraintes prévues par la loi⁵⁰⁰ ;

5. Le 24 janvier le 1^{er} Tribunal civil de Santiago a pris acte des demandes des parties afin de statuer.⁵⁰¹ Ne l'ayant pas fait, le 5 avril la Fondation a réitéré sa demande de voir le Tribunal imposer à l'État les contraintes prévues dans la loi⁵⁰² ;

⁴⁹⁷ **Mémoire**, §63

⁴⁹⁸ **Pièce C577e**

⁴⁹⁹ **Pièces C478 et C479**

⁵⁰⁰ **Pièce C480**

⁵⁰¹ **Pièce C578**

⁵⁰² **Pièce C481**

6. Le 20 avril 2018 le Tribunal s'est plié à l'exigence de l'État et a considéré que les documents dont la production avait été ordonnée par l'injonction du 24 juillet 2017 avaient la qualité de documents confidentiels, sans avoir toutefois pris connaissance de leur contenu⁵⁰³ ;

7. Le 25 avril 2018 la Fondation a interjeté appel⁵⁰⁴ et le 2 mai 2008 le Tribunal l'a considéré admissible auprès de la Cour d'Appel de Santiago⁵⁰⁵, qui à ce jour ne s'est pas encore prononcée.

326. Conclusion : la compétence du Tribunal arbitral sur la question relative à l'État du Chili et les Essex Court Chambers est conforme aux conditions établies aux articles 10(1) et 10(3) de l'API étayées dans la section IV.2 *supra*- L'exception sur la compétence à ce sujet est dénuée de fondement.

Conclusions générales

327. PAR CES MOTIFS

PLAISE AU TRIBUNAL ARBITRAL

1. Qu'il tienne compte des observations/rectifications concernant les faits retenus dans l' »Historique de la Procédure » de la Décision du 26 juin 2018 en vue de leur correction en conformité avec les faits et les arguments correspondants tels qu'établis dans la Sentence arbitrale du 8 mai 2008, la Décision du 1^{er} Comité *ad hoc* du 18 décembre 2012, la Sentence du 13 septembre 2016 et la Décision du 2^{ème} Comité *ad hoc* du 15 mars 2018.⁵⁰⁶
2. Que sans limiter son écoute ou abdiquer sa faculté de juger sur aucun des points soumis à l'arbitrage - car tel point spécifique peut conditionner la solution du litige qui lui a été confié - rejette les exceptions 1, 2, 3 et 4 sur la compétence du Tribunal que soulève l'État

⁵⁰³ Pièce C482f

⁵⁰⁴ Pièce C483f

⁵⁰⁵ Pièce C483bis(f)

⁵⁰⁶ Voir *supra* la section II

au motif que celui-ci enfreint a) les principes de droit international cités⁵⁰⁷ et b) les articles 1(2), 2(2), 10(1), 10(3), 10(5) de l'API ; c) pour abus de procès et mauvaise foi, consistant à ne pas accepter l'effet positif et négatif de l'autorité de la chose jugée de la Sentence arbitrale du 8 mai 2008, de la Décision du 1^{er} Comité *ad hoc* du 18 décembre 2012 et de la Sentence de réexamen du 13 septembre 2016, et à replaider⁵⁰⁸ des exceptions que ces décisions avaient préalablement rejetées dès lors qu'elles entraient dans le champ de compétence du Tribunal arbitral respectif et/ou du 1^{er} Comité *ad hoc*⁵⁰⁹.

3. Que, subsidiairement, il joigne au fond une éventuelle exception qu'il apparaîtrait difficile de séparer de la substance d'une des demandes des Demanderesses;
4. Qu'il condamne l'État Défendeur à supporter l'intégralité des frais du présent incident, y compris des audiences, de même qu'à rembourser aux parties Demanderesses l'ensemble des frais et honoraires des avocats et des personnes dont elles ont sollicité l'intervention pour la défense de leurs intérêts, portant, en cas de non remboursement, intérêts capitalisés jusqu'à complet paiement, ainsi qu'à toute autre somme que le Tribunal arbitral estimerait juste et équitable.

Madrid, le 17 septembre 2018



Dr. Juan E. Garcés

Représentant de la Fondation Président Allende,

M. Víctor Pey Casado et Mme. Coral Pey Grebe

⁵⁰⁷ Voir *supra* les §§1, 137-145

⁵⁰⁸ Voir *supra* les §§84-91

⁵⁰⁹ Voir *supra* les v. les §§1 *in fine*, 4, 33, 39-41, 67-68, 85, 90, 166, 252-254, 257-266, 280, 281