

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 LA *REPLY* DE L'ÉTAT DU CHILI RELATIVE
AUX EXCEPTIONS À LA COMPÉTENCE FORMULÉES PAR LUI 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/Bruxelles, 21 janvier 2019

Synthèse

Introduction	5
1. L'API Espagne-Chili a été interprété et appliqué dans la Sentence arbitrale initiale du 8 mai 2008.....	5
2. Les actionnaires de CPP S.A. et leurs droits sont sous la protection de l'API Espagne-Chili....	6
3. Les violations à l'API postérieures au 8 mai 2008 ont causé des préjudices directs aux actionnaires dont le droit à dédommagement est indépendant et ne découle pas du préjudice subi par CPP S.A. avant l'entrée en vigueur de l'API.....	8
4. La cession des actions de M. Pey Casado a transféré sa qualité d'investisseur et la protection de l'API à Mme. Pey Grebe pour les infractions à l'API commises avant et après la cession.....	9
5. Les exceptions relatives à la compétence bifurquées contrarient l'API, les décisions du CIRDI qui sont <i>res iudicata</i> , et manquent de fondement	12
I. EXCEPTION SUR LA COMPÉTENCE N° 1 : « le Tribunal n'est pas compétent pour accorder les demandes de condamnation formulées par les Défendeurs ».....	14
1. L'investissement des Demanderesses dans CPP S.A. a été identifié dans la Sentence arbitrale du 8 mai 2008 et est sous la protection de l'API.....	17
2. La Sentence arbitrale du 8 mai 2008 est la cristallisation de l'investissement et constitue elle-même un investissement	19
3. La Sentence arbitrale du 13 septembre 2016 a exclu du champ de sa compétence les questions surgies entre les parties après le 3 novembre 1997 et <i>a fortiori</i> après le 8 mai 2008	22
4. Les conditions établies à l'article 10(2) de l'API sont réunies en l'espèce.....	27
5. Les propositions de la Défenderesses relatives au choix du for enfreignent l'article 10(3) de l'API et la Convention de Vienne sur le droit des traités.....	27
6. Les conditions établies à l'article 10(3) de l'API sont réunies en l'espèce.....	33
7. Le déni de justice de la part de l'État du Chili à l'encontre des investisseurs-demandeurs a continué après le 8 mai 2008	34
8. Les sentences arbitrales et les Décisions des Comités <i>ad hoc</i> du CIRDI ont l'autorité de la chose jugée.....	40

9.	Les questions que dans le cadre de sa compétence la Sentence arbitrale de réexamen du CIRDI a tranchées sur le fond ont l'autorité de la chose jugée	43
10.	La référence à l'article 26 de la Convention CIRDI dans la <i>Reply</i> n'a pas de fondement.....	44
11.	L'expertise financière d'Accuracy est fondée sur des actes de l'État Défendeur survenus après la Sentence arbitrale du 8 mai 2008, hors la compétence du Tribunal initial, du Tribunal de réexamen et distincts.....	50
12.	L'objection de l'État à l'admissibilité des demandes ne met pas en question son consentement, contenu dans l'API, à la compétence du présent Tribunal arbitral	52
II.	EXCEPTION SUR LA COMPÉTENCE N° 2 : « l'API ne s'applique à aucune des demandes formulées ».....	53
1.	Les prétentions de la <i>Reply</i> enfreignent les articles 10(1) et 1(2) de l'API	58
	(i) Le Chili a reconnu devant le CIRDI et le Tribunal arbitral initial en 1998, 2001 et 2003 que l'investissement des Demanderesses existait après l'entrée en vigueur de l'API.....	62
	(ii) La Sentence arbitrale du 8 mai 2008 a établi l'existence de l'investissement des Demanderesses, et le fait que celui-ci est sous la protection de l'API.....	62
	(iii) Le 1 ^{er} Comité <i>ad hoc</i> a rejeté la prétention de l'État relative à l'inexistence de l'investissement.....	62
	(iv) La Sentence de Réexamen n'a pas mis en question l'existence de l'investissement après l'entrée en vigueur de l'API le 23 mars 1994.	62
	(v) Le Jugement du 1 ^{er} Tribunal civil de Santiago du 24 juillet 2008 a constaté la nullité <i>ab initio</i> de la saisie de l'investissement.	62
2.	Les prétentions de la <i>Reply</i> enfreignent l'article 2(2) de l'API. Un même fait peut être à l'origine de demandes légales différentes.....	64
	i. Les demandes des Demanderesses entrent dans le cadre de la compétence <i>ratione materiae</i> établie aux articles 1(2) et 10(1) de l'API.....	70
	ii. Mme. Pey Grebe est successeur en droit de l'investisseur M. Pey Casado	74
	iii. Inexistence de <i>bis in idem</i>	76
	iv. Inexistence d'abus de procédure.....	77
3.	L'État a reconnu l'existence de l'investissement de M. Pey après l'entrée en vigueur de l'API devant le Tribunal arbitral, qui dans sa Sentence en a tiré les conséquences.....	77

i.	L'existence après 1994 de l'investissement dans CPP S.A. a été reconnue par l'État devant le Tribunal arbitral initial. <i>Estoppel</i>	77
ii.	La Sentence initiale a établi l'existence de l'investissement de M. Pey au sens de l'API après 1994, <i>res iudicata</i>	81
iii.	Le 1 ^{er} Comité <i>ad hoc</i> du CIRDI a confirmé l'existence de l'investissement de M. Pey après 1994.	81
III.	EXCEPTION SUR LA COMPÉTENCE N° 3 : « le Tribunal n'est pas compétent pour connaître des demandes concernant la prétendue inexécution de la Première Sentence »	84
	L'État du Chili s'est engagé en 2001 et 2003 devant le Tribunal arbitral du CIRDI à une obligation juridiquement contraignante, de comportement et de résultat, fondée sur le Traité et la Sentence arbitrale. <i>Res iudicata</i>	87
IV.	EXCEPTION SUR LA COMPÉTENCE N° 4 : « le Tribunal n'est pas compétent pour connaître des demandes relatives aux <i>Essex Court Chambers</i> »	92
1.	Le droit d'accès des investisseurs à un Tribunal arbitral sans conflit apparent objectif d'intérêts constitue une controverse relative à un investissement au sens du Traité.....	95
2.	Il n'y a pas de recours interne contre l'arrêt du 15 novembre 2018 qui a consommé l'occultation par l'État Défendeur du conflit objectif apparent d'intérêts dans la procédure de réexamen de la Sentence de 2016	100
V.	La mauvaise foi de la <i>Reply</i> de l'État Défendeur	102
VI.	Frais et coûts	104
	PLAISE AU TRIBUNAL ARBITRAL	109

Introduction

1. L'API Espagne-Chili a été interprété et appliqué dans la Sentence arbitrale initiale du 8 mai 2008

1. La présente procédure, initiée sur la base de l'article 10 de l'API entre l'Espagne et le Chili (ci-après « l'API » ou « le Traité »)¹, est régie par le droit international. En conséquence, les questions processuelles relatives à la *res iudicata* doivent être résolues conformément aux règles du Traité interprétées en rapport avec les autres règles de droit international public applicables entre les parties et la *lex loci arbitri*.

2. La question relative à la protection des investissements est déterminée dans l'API, dont l'article 10(1) dispose que « *toute controverse relative aux investissements, au sens du présent Traité, entre une Partie contractante et un investisseur de l'autre Partie contractante sera* » sous sa protection.²

Conformément aux articles 1(2) et 1(3) le terme “investissement”

“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 (...); Biens meubles et immeubles, ainsi que toute sorte de droits liés à ces derniers. (...)».

Le terme « rentes ou revenus » d'un investissement se réfère aux rendements découlant d'un investissement en accord avec la définition contenue dans la section précédente, et inclut expressément bénéfices, dividendes et intérêts.³

3. Conformément à l'article 33(1) de la Convention de Vienne sur le droit des Traités⁴

«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. »

¹ Convention d'arbitrage du 7 novembre 2017, §2.2

² Article 10(1), original : »*“Toda controversia relativa a las inversiones. En el sentido del presente Tratado entre una Parte contratante y un inversionista de la otra Parte contratante será, en la medida de lo posible, solucionada por consultas amistosas entre las dos partes en la controversia.”*

³ Article 1(2) et 1(3) : « *El presente Tratado se aplicará a las inversiones que se realicen a partir de su entrada en vigor por inversionistas de una Parte contratante en el territorio de la otra. No obstante, también beneficiará a las inversiones realizadas con anterioridad a su vigencia y que, según la legislación de la respectiva Parte contratante, tuvieren la calidad de inversión extranjera. 3. No se aplicará, sin embargo, a las controversias o reclamaciones surgidas o resueltas con anterioridad a su entrada en vigor.”*

⁴ Cette Convention est en vigueur en Espagne et au Chili depuis le 12 mai 1972 et 9 avril 1981, respectivement, v. la Collection des Traités des NN.UU., <https://bit.ly/2JJg711>

4. Le Préambule de l'API, pertinent pour déterminer l'objet, le but et la finalité de la protection de l'investissement, dispose que les Parties désirent

*«intensifier la coopération économique au bénéfice réciproque des deux pays (...) créer des conditions favorables pour les investissements réalisés par les investisseurs de chacune des parties dans le territoire de l'autre impliquant des transferts de capitaux, et (...) que la promotion et la protection des investissements selon les termes du présent Accord stimulent les initiatives dans ce domaine. »*⁵

2. Les actionnaires de CPP S.A. et leurs droits sont sous la protection de l'API Espagne-Chili

5. La Sentence arbitrale du CIRDI du 8 mai 2008 (ci-après, « la SI ») a interprété et appliqué

i. la définition d'investissement dans l'API Espagne-Chili, dans le sens que

*« la formulation de l'article 1(2) reflète une conception large de la notion d'investissement. Le Tribunal constate d'emblée que l'achat des titres de CPP S.A. et d'EPC Ltda est couvert par la définition de l'investissement établie par l'article 1(2) qui considère comme un investissement les « actions et autres formes de participation dans les sociétés ».*⁶

*« le préambule ne saurait poser, à lui seul, une condition supplémentaire qui ne figure pas dans le corps du traité. (...) [Il] reflète essentiellement le souhait de créer des conditions favorables à l'investissement entre les deux États parties. Il est clair que ces trois paragraphes ne contiennent aucune disposition de fond susceptible de créer des conditions supplémentaires à l'octroi de la protection offerte par l'API »*⁷ [soulignement ajouté],

ii. et la définition d'investisseur au sens de l'API,

iii. et a conclu que les propriétaires de la totalité des actions de CPP S.A. -propriétaire à son tour de 99% des parts d'EPC Ltée - étaient M. Victor Pey Casado et la Fondation espagnole Président Allende :

*196. Au vu des éléments qui précèdent, le Tribunal est en mesure de conclure que M. Pey Casado a effectivement fait l'acquisition, pour la somme de 1,28 million USD, de la totalité des titres de la société CPP S.A., qui elle-même possédait l'intégralité du capital de la société EPC Ltda.*⁸

⁵ API, Préambule: "Deseando intensificar la cooperación económica en beneficio recíproco de ambos países; Proponiéndose crear condiciones favorables para las inversiones realizadas por inversionistas de cada una de las partes en el territorio de la otra que impliquen transferencias de capitales, y Reconociendo que la promoción y la protección de las inversiones con arreglo al presente Acuerdo estimula las iniciativas en este campo."

⁶ Pièce C14, SI, §368

⁷ Ibid., §375

⁸ Ibid., §§ 196, 525, 674; 323, 530, 550, 560, 568,

Devant le TI l'État du Chili a pour sa part reconnu en 2001 que *la Décision Ministérielle n° 43 du 28 avril 2000 n'avait pas pour objet de déterminer la propriété des actions des entreprises CPP S.A. et EPC Ltée.*⁹, et en 2003 il a confirmé l'invalidité de la confiscation des deux entreprises et l'obligation d'indemniser les dommages causés :

« *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. 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.*»¹⁰

« *Le Tribunal, à l'unanimité, (...) 2. constate que la défenderesse a violé son obligation de faire bénéficier les demanderesses d'un traitement juste et équitable, en ce compris celle de s'abstenir de tout déni de justice ; 3. constate que les demanderesses ont droit à compensation.* »¹¹

iv. La SI a également établi que dans la procédure interne auprès du 1^{er} Tribunal civil de Santiago (affaire Goss), de même que dans les revendications adressées aux autorités chiliennes,

« *M. Pey Casado revendiquait le 20 novembre 1995 et le 10 janvier 1996 100% des droits de CPP S.A., ce qui incluait le pourcentage transféré à la Fondation. Ainsi le Ministre des biens nationaux avait répondu le 20 novembre 1995 en tenant compte du fait que la réclamation de M. Pey Casado portait sur la totalité des biens de CPP S.A., M. Pey Casado agissait de la sorte en vertu de l'accord du 20 décembre 1994, intervenu entre lui-même et le Conseil des Fondateurs de la Fondation, accord incorporé aux minutes d'un notaire à Madrid. Cet accord avait été communiqué au Centre le 19 décembre 1997. Le Tribunal arbitral observe que la mise à exécution de cet accord a bien été faite. C'est ainsi que :*

- *La Requête introduite par M. Pey Casado en 1995 avait été faite avec l'accord de la Fondation, auprès de la Huitième Chambre criminelle de Santiago, pour la restitution de la totalité des 40.000 titres originaux de CPP S.A., de leur transfert signé en blanc et des justificatifs de leur paiement.*⁵⁰⁹
- *La Requête introduite par M. Pey Casado avait été faite avec l'accord de la Fondation, auprès de la Première Chambre civile de Santiago, en 1995, en réclamation de la restitution de la totalité de la puissante rotative GOSS.510 »*¹² [Caractères appuyés ajoutés]

Il n'y a donc pas lieu d'appliquer en l'espèce l'adage *res inter alios judicata aliis neque nocet neque prodest*. L'État du Chili dénature les circonstances, situations et conclusions de la SI et la SR lorsqu'il prétend que « *neither Ms. Pey Grebe nor the Foundation has standing to assert claims based on the Goss Machine Case*»¹³. D'autre part, les

⁹ Pièce C520, Décision du Tribunal arbitral initial du 25 septembre 2001 sur les Mesures Conservatoires sollicitées par les Parties, §§62, 63

¹⁰ Pièce C14, SI, §§667, 668, 674

¹¹ Ibid., Dispositifs, points 2 et 3

¹² Ibid., §566

¹³ V. *Counter-Memorial* du Chili, du 21 mai 2018, nbp n° 721, qui dénature le sens des §522-530 de la Sentence *Perenco Ecuador Limited v. Ecuador*, ICSID Case No. ARB/08/6 (*Decision on Remaining Issues of Jurisdiction*)

controverses surgies entre les parties après le 8 mai 2008 relatives aux quatre exceptions sur la compétence qui ont été bifurquées ne portent nullement sur le « *Gosse Machine Case* » (v. *infra*, §35), que la Décision du présent Tribunal arbitral du 27 juin 2018 a joint au fond de l'affaire.¹⁴

6. L'interprétation que les Sentences et les Décisions du 1^{er} et 2nd Comité *ad hoc* du CIRDI ont effectuée de l'API Espagne-Chili constitue un moyen supplémentaire d'interprétation de ce dernier conformément à l'article 31(3)(b) de la Convention de Vienne sur le droit des traités.¹⁵

3. Les violations à l'API postérieures au 8 mai 2008 ont causé des préjudices directs aux actionnaires dont le droit à dédommagement est indépendant et ne découle pas du préjudice subi par CPP S.A. avant l'entrée en vigueur de l'API

7. En droit des investissements il est admis que les actionnaires peuvent soumettre des demandes fondées sur un API pour les préjudices subis.¹⁶

Comme le Comité *ad hoc* de l'affaire *Azurix v Argentina* a reconnu :

and Liability, 12 September 2014), **pièce RL-0040**, dont les circonstances sur le droit d'agir de l'investisseurs sont d'ailleurs différentes de celle relatives aux propriétaires du 100% des actions de CPP S.A.

¹⁴ V. la Décision du présent Tribunal arbitral du 27 juin 2018, §§116, 117, 118(ii) : «*Rejette la requête formulée par la Défenderesse visant à traiter l'Exception N° 5 en tant que question préalable et joint son examen au fond du différend.*»

¹⁵ L'article 31(3)(b) dispose: «*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.*» [Caractères appuyés ajoutés] La décision sur l'annulation de la Sentence de réexamen de 2016 n'a pas encore été rendue, il s'agit ici des Ordonnances de procédure du 2nd Comité *ad hoc*

¹⁶ V. entre autres, **pièce C586** *CMS v. Argentina*, Annulment Decision §§ 68-76; **pièce C528**, *Vivendi v. Argentina*, Annulment Decision §§ 46-50; **pièce C304**, *American Manufacturing & Trading, Inc. v. Republic of Zaire*, ICSID Case ARB/93/1, Award, Feb. 21, 1997, §§ 5.14-5.16; **pièce C537**, *Camuzzi*, Jurisdiction Decision §§ 12, 78-82, 140-145; **pièce C162**, *Antoine Goetz and others v. Republic of Burundi*, ICSID Case No. ARB/95/3, Award, Feb. 10, 1999; **pièce C538**, *Gas Natural v. Argentina*, Jurisdiction Decision, §§ 32-35, 50-52; *AES* Jurisdiction Decision §§ 85-89; Jurisdiction Decision §§ 43-65; **pièce C201**, *Asian Agricultural Products Ltd. (AAPL) v. Republic of Sri Lanka*, ICSID Case no. ARB/87/3, Award, June 27, 1990; **pièce C205**, *GAMI Investments, Inc. v. Mexico*, NAFTA, UNCITRAL, Final Award §§ 26-33, 43, Nov. 15, 2004; **pièce C536**, *Siemens v. Argentina*, Jurisdiction Decision §§ 125, 135-44; *CME Czech Republic B.V. (Netherlands) v. Czech Republic*, UNCITRAL Partial Award, Sept. 13, 2001, §§ 375 et ss.; *Enron v. Argentina*, Jurisdiction Decision §§ 37-40; *Waste Management, Inc. v. United Mexican States*, ICSID Case No. ARB(AF)/00/3, Award, §§ 76-85, Apr. 30, 2004; *Emilio Agustín Maffezini v. The Kingdom of Spain*, ICSID Case No. ARB/99/7, Decision of the Tribunal on Objections to Jurisdiction, Jan. 25, 2000, §§ 65-70; *LG&E v. Argentina*, Jurisdiction Decision §§ 50, 63; *Vivendi II v. Argentina*, Jurisdiction Decision §§ 88-94; *Continental Casualty*, Jurisdiction Decision, §§ 51-54, 76-89; *Pan American Energy LLC v. The Argentine Republic*, ICSID Case No. ARB/03/13, Decision on Jurisdiction, July 27, 2006 §§ 209-22; *Lanco v. Argentina*, Jurisdiction Decision §§ 9-10; *Sempra v. Argentina*, Jurisdiction Decision §§ 90-102; *Alex Genin, Eastern Credit Limited, Inc. and A.S. Baltoil v. The Republic of Estonia*, ICSID Case No. ARB/99/2, Award, §§ 319-29, June 25, 2001

« even where a foreign investor is not the actual legal owner of the assets constituting an investment [...] that foreign investor may nonetheless have a financial or other commercial interest in that investment. (...) » [Caractères appuyés ajoutés]¹⁷

En l'espèce, conformément aux articles 1(2), 2(2) et 2(3) de l'API, la violation des articles 3, 4, 5 et 10(5) de ce dernier à partir du 8 mai 2008 a causé des préjudices directs aux actionnaires dans CPP S.A., et cela même dans l'hypothèse où son propriétaire légal serait l'État en vertu du Décret n° 165 (la question relative au statut de celui-ci en droit interne et le Jugement du 24 juillet 2008 du 1^{er} Tribunal civil de Santiago ayant été jointe au fond de la controverse par le Tribunal arbitral elle ne sera pas traitée dans la présente Réplique).¹⁸

8. En ce qui concerne la personnalité et les obligations légales séparées d'une entreprise et des actionnaires, dans cette même Décision *Azurix* le Comité *ad hoc*

sees no reason in principle why an investment protection treaty cannot protect such an interest of a foreign investor, and enable the foreign investor to bring arbitration proceedings in respect of alleged violations of the treaty with respect to that interest. An investment protection treaty having this effect does not alter the legal nature of the investor's interest nor that of the legal owner of the investment, nor does it ignore the separate legal personalities and separate legal rights and obligations of the shareholder and the company. Rather, it merely ensures that whatever interest, legal or otherwise, that the investor does have will be accorded certain protections. [Caractères appuyés ajoutés]¹⁹

Il est d'ailleurs réitéré souvent par les Tribunaux arbitraux que

*“it is not for tribunals to impose limits on the scope of [bilateral investment treaties] not found in the text, much less limits nowhere evident from the negotiating history. An international tribunal of defined jurisdiction should not reach out to exercise a jurisdiction beyond the borders of the definition. But equally an international tribunal should exercise, and indeed is bound to exercise, the measure of jurisdiction with which it is endowed.”*²⁰

4. La cession des actions de M. Pey Casado a transféré sa qualité d'investisseur et la protection de l'API à Mme. Pey Grebe pour les infractions à l'API commises avant et après la cession

¹⁷ **Pièce C592**, *Azurix Corp. v. The Argentine Republic*, ICSID Case No. ARB/01/12, Decision on the Application for Annulment of the Argentine Republic, 8 December 2003, §108

¹⁸ Voir dans la **pièce C221**, *Impregilo v. Argentina*, ICSID Case N° ARB/07/17, Award, 21 June 2011, §138: “It follows from Article 1(1)(b) of the Argentina-Italy BIT that Impregilo's shares in AGBA were protected under the BIT. If AGBA was subjected to expropriation or unfair treatment with respect to its concession - an issue to be determined on the merits of the case - such action must also be considered to have affected Impregilo's rights as an investor, rights that were protected under the BIT.”

¹⁹ **Ibid**, §108. L'article VII(1) de l'API EE.UU.-Argentine, en vigueur depuis le 20 octobre 1994, définit une « investment dispute » comme « ... a dispute between a Party and a national or company of the other Party arising out of or relating to ... (c) an alleged breach of any right conferred or created by this Treaty with respect to an investment.”

²⁰ **Pièce C594**, *Tokios Tokelés v. Ukraine*, ICSID Case No. ARB/02/18, Decision on Jurisdiction, 29 April 2004, §36

9. Quant aux effets matériels sur la cession *bona fide* à Mme. Pey Greve le 15 mars 2013²¹ des actions de M. Pey dans CPP S.A. (de 10%), lui sont applicables les conclusions de la SI relatives aux effets matériels et processuels de la première cession de titres effectuée en 1990 par M. Pey à la Fondation Président Allende conformément à l'article 1(2) de l'API.

10. En effet, cette deuxième cession a transféré *per se* la qualité d'investisseur et la protection de l'API à Mme. Pey pour les infractions à l'API, commises avant et après la cession -ponctuelles ou composites-, selon ce qu'a statué la SI lorsqu'elle a pris en considération la première cession des actions de M. Pey à la Fondation Président Allende:

« §528. De l'avis du Tribunal arbitral, selon le droit applicable à la cession (quel qu'il soit – espagnol, chilien ou autre), le consentement du débiteur cédé n'est pas nécessaire (et le contraire n'a pas été prouvé dans la présente procédure). On notera en passant que la notification de la cession de créances au débiteur n'a d'autre portée que de l'obliger envers le nouveau créancier »,

« §530. En conclusion, la cession doit être considérée comme valable et opposable à la défenderesse ».

«§537. De l'avis du Tribunal arbitral, (...) a obtenu **la qualité d'« investisseur »** en vertu de la cession des actions en sa faveur de la part de la première partie demanderesse, M. Pey Casado.»

« §556. Il convient de rappeler que l'article 1.2 de l'API prévoit une notion très large d'«investissement » en stipulant :

« Par 'investissements' on désigne toutes sortes 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. [...]»

« §557. Au regard de cette définition très large, incluant « toutes sortes d'avoirs », et vu le fait que l'API stipule expressément que les « actions et autres formes de participation dans les sociétés » constituent un « investissement », la [cessionnaire] peut, de l'avis du Tribunal arbitral, être considérée comme « investisseur » en vertu de l'API, et cela même en examinant la position de la [cessionnaire] de manière « indépendante » et en soi, c'est-à-dire abstraction faite de la cession de droits opérée en sa faveur par M. Pey Casado. Le seul fait d'être propriétaire des actions des sociétés CPP S.A. et EPC Ltda justifie la qualité d'investisseur de la [cessionnaire].⁵⁰⁸

« §558. Cette conclusion est renforcée par le fait que, en tout état de cause, la [cessionnaire] a obtenu la qualité d'investisseur par la cession de la part de l'investisseur initial, M. Pey Casado, d'une grande partie de son investissement. (...) En particulier, l'API ne requiert pas que l'investisseur ait fait l'investissement lui-même, ce qui laisse ouverte la possibilité qu'un

²¹ Pièce C11

investissement (et la qualité d'investisseur) puisse résulter d'une cession de la part de l'investisseur initial. »

« §567. Pour ces raisons, le Tribunal estime que les conclusions auxquelles il est arrivé quant à sa compétence ratione temporis pour connaître des demandes de M. Pey Casado s'appliquent également aux demandes faites par la [cessionnaire] et qu'il est donc compétent ratione temporis pour connaître des trois différends invoqués par la [cessionnaire]. ».

11. En ce qui concerne les effets processuels de la cession des créances, selon la SI l'on doit examiner si la cessionnaire *«remplit toutes les autres conditions posées (...) par l'API quant à la compétence du Tribunal Arbitral. En l'espèce, ceci concerne notamment les conditions de la nationalité (...) ainsi que le consentement des parties de recourir à l'arbitrage (...) pour résoudre leur litige »* (§544).

12. Ces deux conditions sont réunies en la personne de Mme. Pey.

La nationalité espagnole de Mme. Pey depuis sa naissance le 27 décembre 1953 est attestée dans la Certification du Registre de l'État Civil espagnol et dans son passeport (**pièces C207 et C10**), ce qui a été reconnu par la SR (§2) et par l'État du Chili. Son consentement à l'arbitrage sous les Règles de la CNUDCI figure dans la Notification d'arbitrage qu'elle a signée et déposée au Palais Présidentiel du Chili le 12 avril 2017²².

13. Selon la SI,

§414 :« La condition de la nationalité au sens de l'API se distingue de celle de la nationalité au sens de l'article 25 de la Convention CIRDI en deux aspects fondamentaux. D'abord, contrairement à l'article 25 de la Convention CIRDI, l'API ne précise pas le moment de l'appréciation de la nationalité de la partie requérante. De l'avis du Tribunal, la condition de nationalité au sens de l'API doit être établie à la date du consentement de l'investisseur à l'arbitrage. Par ailleurs, les conditions d'application du traité, dont la condition de nationalité, doivent également être satisfaites, en l'absence de précision contraire du traité, à la date de la ou des violations alléguées, faute de quoi l'investisseur ne pourrait se prévaloir devant le tribunal arbitral mis en place en application du traité d'une violation de celui-ci. »

§415 : « Pour remplir la condition de la nationalité au sens de l'API, il suffit pour la partie demanderesse de démontrer qu'elle possède la nationalité de l'autre État contractant. Contrairement à ce qui a été soutenu par la défenderesse,³⁴⁴ le fait que la demanderesse ait une double nationalité, comprenant la nationalité de la défenderesse, ne l'exclut pas du champ de protection de l'API. De l'avis du Tribunal arbitral, il n'existe pas de condition de nationalité « effective et dominante » pour les double-nationaux dans ce contexte. Un double-national n'est pas exclu du champ d'application de l'API, même si sa nationalité « effective et dominante » est celle de l'État de l'investissement (contrairement à ce qui a été soutenu dans l'avis de droit du Professeur Dolzer, produit par la défenderesse).³⁴⁵ La considération du but même de l'API et sa

²² Pièce C0

rédaction excluent au contraire l'idée d'une condition de nationalité effective et dominante. Ainsi que l'a souligné le Professeur Dolzer, l'API accorde sa protection aux « investisseurs de l'autre Partie » ou « investisseur d'une Partie Contractante sur le territoire de l'autre » (v., par exemple les articles 2(1), 2(2), 3(1), 4(1), 5, 6, 7(1), 8(1), 10(1) de l'API). L'API n'aborde pas expressément la question de savoir si les double-nationaux hispano-chiliens seraient couverts par son champ d'application. De l'avis du Tribunal arbitral, il ne se justifierait pas d'ajouter (sur la base de ce qui a été prétendu être des règles de droit coutumier international) une condition d'application qui ne résulte ni de sa lettre ni de son esprit »

§416 : « Dans le cas d'espèce, il suffit pour M. Pey Casado [en l'espèce, pour Mme. Pey Grebe] de démontrer qu'il possédait la nationalité espagnole au moment de l'acceptation de la compétence du tribunal arbitral sur le fondement de l'API et, pour bénéficier de la protection de fond du traité, au moment de la ou des violations alléguées de l'API. Comme on l'a vu dans les développements qui précèdent, cette condition est satisfaite. »

Nbp 494 : « le Tribunal arbitral est de l'avis que le principe de continuité de la nationalité, ayant son origine dans le droit de la protection diplomatique, ne peut être appliqué ici et dans le contexte d'arbitrages d'investissement. »

14. Le principe de la continuité de la nationalité ne s'appliquant pas dans le contexte d'arbitrages relatifs à des investissements, le changement de la nationalité exclusive espagnole du titulaire de 10% des actions de CPP S.A., M. Pey Casado, intervenu en 2013 en faveur de Mme. Pey Grebe, double nationale espagnole et chilienne, n'a pas de conséquence sur le droit d'agir du nouveau titulaire de ces actions durant la présente procédure.

5. Les exceptions relatives à la compétence bifurquées contrarient l'API, les décisions du CIRDI qui sont *res iudicata*, et manquent de fondement

15. La Décision du Tribunal arbitral du 26 juin 2018 sur la bifurcation a opéré une systématisation et une analyse remarquables des exceptions de la Défenderesse sur la compétence. Les Demanderesses y ont répondu en suivant le même ordre, de manière détaillée. Les faits, les allégations et les conclusions contenues dans leur **Réponse** du 17 septembre 2018 (ci-après la « **Réponse** ») sont réitérés dans la présente **Dupliche** à la *Reply* de l'État Défendeur (ci-après la « *Reply* »), sauf indication contraire. Leur non répétition ne signifie pas un changement ou leur abandon, contrairement à ce que prétend la Défenderesse²³, qui, en même temps, se plaint de leur occasionnelle réitération.

La présente Réplique se concentrera sur des points que l'État Défendeur a soulevés dans sa *Reply* de manière explicite ou implicite.

²³ Voir par exemple le §31 de la **Reply**

16. La *Reply* a remplacé l'ordre établi dans la Décision du Tribunal arbitral par un *totum revolutum* qui 1) répond plus au raisonnement de substitution élaboré par l'État lui-même qu'à celui contenu dans les demandes des investisseurs, et dénature souvent le sens de ces dernières ; b) ne différencie guère une exception sur la compétence de la défense sur le fond, c) ni la compétence du Tribunal, d'une part, de l'admissibilité des demandes, d'autre part ; d) ni que le préjudice direct subi par les investisseurs depuis le 8 mai 2008 est indépendant et ne découle pas du fait que les biens de CPP S.A. puissent appartenir à l'État en vertu du droit interne (Décret 165 de 1975). Comme avait conclu le Tribunal arbitral de *Total S.A. v. Argentina* :

*"Having found, however, that the assets and rights that Total claims have been injured in breach of the BIT fall under the definition of investments under the BIT, it is immaterial that they belong to Argentine companies in accordance with the law of Argentina. (...) Total, on the other hand, invokes here treaty rights concerning its investment in Argentina protected by the BIT. The claims of Total cannot therefore be defined as indirect claims (or "derivative" claims), as if Total was claiming on behalf or in lieu of its subsidiaries in respect of rights granted to the latter by the laws of Argentina. It is therefore irrelevant that such claims would be inadmissible under those laws and that they would not be amenable in any case to the jurisdiction of an ICSID arbitral tribunal. This objection of Argentina is therefore without merit."*²⁴

17. En esquivant la différence entre la compétence du Tribunal arbitral, la recevabilité et le fond des demandes, et, également, entre la *res iudicata* des décisions du CIRDI qui lui sont défavorables et des *obiter dicta*, la *Reply* paraît vouloir éviter l'incontournable, à savoir que

*Bilateral investment treaties are not mere statements of good will or declarations of benevolent intent toward the investors and investments of the two countries concerned. They are international legal instruments by which sovereign states make firm commitments under international law concerning the treatment they will accord to investors and investments from the other State. A basic purpose (...), as their titles indicate, is the "protection of investments." They seek to achieve this goal by granting investors and investments from the treaty partner certain legal rights and to provide a legal means for their enforcement. In the present case, the Claimants have invoked both BITs as a basis for their claim and have based their claims on the specific legal rights enumerated in specific treaty provisions, which they allege have been granted to them by the treaties in question. Whether they will prevail in establishing their legal rights and the Respondent's violation thereof remains to be seen and is for a subsequent stage of this proceeding. What is certain at this stage, however, is that the dispute as presented by the Claimants is legal in nature.*²⁵

18. Bref, les arguments de fait et de droit que la Défenderesse a allégué contre la compétence du Tribunal arbitral n'ont pas le caractère d'objections préliminaires, ils contrarient l'API Espagne-Chili de même que les décisions du CIRDI qui sont *res iudicata*, et

²⁴ *Total S.A. v. Argentina*, ICSID Case No. ARB/04/01, Decision on Objections to Jurisdiction, 25 August 2006 §§80-81, accessible dans <https://bit.ly/2FvT4aY>

²⁵ **Pièce C655**, *Suez, Sociedad General de Aguas de Barcelona S.A., and Vivendi Universal s.a. v. Argentina and AWG Group Ltd. v. Argentina*, ICSID Case No. ARB/03/19, Decision on Jurisdiction, 3 August 2006, §37

ils manquent de fondement, comme il a été étayé dans la **Réponse** et comme on le développera ci-après suivant l'ordre établi dans la Décision du 26 juin 2018 du Tribunal arbitral sur la demande de bifurcation formulée par la Défenderesse.

I. EXCEPTION SUR LA COMPÉTENCE N° 1 : « le Tribunal n'est pas compétent pour accorder les demandes de condamnation formulées par les Défendeurs »

19. Synopsis résumé de la *Reply* du 19 novembre 2018

<u>Argument de la Défenderesse</u>	<u>§§</u>	<u>Observation liminaire des Demanderesses</u>
Art. 26 de la Convention du CIRDI. Exclusivité de la procédure CIRDI.	3, 7, 23, 26, 27, 28, 82	Les Demanderesses n'ont pas soumis au Tribunal CNUDCI "l'interprétation" de la Sentence Initiale ou de la Sentence de Réexamen (ci-après « la SR ») du CIRDI mais leur mise en application, obligatoire pour toutes les parties et le présent Tribunal arbitral. §26 : La citation du prof. Schreuer est incomplète et en dénature le sens. §27 : <i>opted out...</i> , la référence y est 1) incohérente avec le sens littéral, le contexte et la finalité de l'article 10(3) de l'API, dont l'application effective relative à l'organe d'arbitrage est soumise 2) « <i>au choix de l'investisseur</i> » et 3) à la finalité établie dans le Préambule (« <i>créer des conditions favorables pour les investissements...</i> »), trois conditions absentes dans l'interprétation que fait la Défenderesse de l'article 10(3) Nbp 62 : la citation du texte des Demanderesses est hors contexte
Exclusivité de la procédure CIRDI.	45, 46	Les notes de bas de page 109, 110, 111 de la <i>Reply</i> interprètent de manière incorrecte l'article 26 de la Convention CIRDI et dénaturent la citation, de surcroît incomplète, du prof. Schreuer. Dans l'affaire <i>Lao Holding</i> la Décision sur les mesures conservatoires répond à des circonstances sans aucun rapport avec le cas d'espèce : 1) la compétence exclusive établie à l'article 26 y est invoquée à l'encontre des actes prétendument criminels portés à la connaissance des juridictions internes de l'État Défendeur (§1), alors que dans la présente affaire il s'agit d'actes enfreignant l'API portés à la connaissance d'un tribunal international ; 2) le Tribunal <i>Lao</i> a adopté sa décision avant les audiences finales : « §36 <i>The Tribunal has come to the conclusion that because of the timing and direct relationship between the criminal proceedings and this ICSID arbitration the rights invoked by the Claimant merit protection in the specific circumstances of the case</i> », alors que dans le cas présent les actes de l'État ont été commis à l'encontre de la SI et de la Décision du 1 ^{er} Comité <i>ad hoc</i> ayant l'autorité de la chose jugée

Clause de choix du for de l'API.	64- 67	<p>L'État fait une amalgame/confusion entre, d'une part, le préjudice causé par des violations de l'API survenues à des dates postérieures à l'entrée en vigueur de celui-ci -qui déterminent la compétence du Tribunal à leur égard- et, d'autre part, l'évaluation du préjudice subi par les Demanderesses -qui conformément à l'article 2(2) de l'API et la SI²⁶ peut prendre en considération des faits survenus à des dates antérieures à l'API.</p> <p>La preuve du <i>quantum</i> du préjudice subi relève du fond de l'affaire.</p> <p>La référence dans la nbp n° 164 au §243 de la SR omet que celle-ci a été prononcée en considérant que les questions surgies entre les parties après la date du 8 mai 2008 étaient hors sa compétence²⁷, alors que les infractions à l'API qui font l'objet de la demande CNUDCI sont toutes postérieures à cette date et relèvent de la compétence du Tribunal arbitral.</p> <p>L'invalidité de la confiscation de l'investissement dans CPP S.A. a été reconnu par l'État du Chili devant le TI.²⁸</p>
<i>Res iudicata, lis pendens</i>	§§99-100	<p>Il n'y a en l'espèce ni <i>res iudicata</i>, ni <i>bis in idem</i>, ni <i>lis pendens</i> opposables aux demandes soumises au présent Tribunal arbitral.</p> <p>La question soumise devant le 2nd Comité <i>ad hoc</i> du CIRDI porte sur ce qui relève de la compétence exclusive de ce dernier, à savoir le motif d'annulation établi à l'article 52(1)(a) de la Convention du CIRDI (un vice dans la constitution du Tribunal arbitral). La Décision à venir du 2nd Comité se bornera à accepter ou rejeter ce motif.</p> <p>L'objet du différend porté à la connaissance du Tribunal CNUDCI est tout autre, à savoir le manquement de l'État à son obligation <i>ex</i> article 4 de l'API d'informer <i>les autres parties de toute relation directe ou indirecte l'unissant à l'un des arbitres</i>, afin de permettre l'accès des investisseurs à un tribunal international sans un conflit apparent objectif d'intérêts entre les arbitres et l'État du Chili.</p>

Preuves

Les faits établis dans la Sentence arbitrale initiale confirmée par la Décision du 1^{er} Comité *ad hoc* avec l'autorité de la chose jugée. Les faits postérieurs au 8 mai 2008 que la Sentence de réexamen déclare dehors sa compétence.

Les pièces factuelles citées dans le **Mémoire**, dont C1, C7, C10, C12, C12 bis, C34, C35, C98, C145, C156, C157, C158, C169, C170, C186, C187, C207, C214, C385, C408, C422, C500, C596, et les arrêts cités des juridictions chiliennes.

La Sentence *Órdenes Guerra et al c. le Chili*, du 29 novembre 2018 (pièce C643f et §60(xii et xiii) *infra*), de la Cour Interaméricaine des Droits de l'Homme.

Développement

²⁶ **Pièce C14**, SI, §§612, 611 : «Une fois le traité en vigueur, il n'est toutefois pas interdit au Tribunal de prendre en considération des faits antérieurs à la date d'entrée en vigueur du traité pour examiner le contexte dans lequel sont intervenus les actes que les demanderesses estiment devoir être qualifiés de violations postérieures à l'entrée en vigueur du traité.»

²⁷ **Pièce C39**, SR, §216 et 198 *in fine*

²⁸ **Pièce C14**, SI, §§665-674, 677, 678 et notes de bas de page 617 et 623

1. La SI, la SR et les Décisions du Comité *ad hoc* du CIRDI sont obligatoires et ont l'autorité de la chose jugée²⁹

20. Conformément à la Convention d'arbitrage du 3 novembre 2017³⁰ le lieu d'arbitrage étant la Suisse, les parties ont accepté l'application de la *lex loci arbitri*. La Suisse ayant ratifié la Convention du CIRDI, celle-ci fait partie du droit suisse et ses articles 53 et 54 sont applicables en l'espèce à l'égard des sentences et décisions du CIRDI relatives, notamment, au fait que toutes les questions que la SI et la SR ont tranchées sur le fond dans le cadre de leur compétence, de même que les Décisions du 1^{er} et 2nd Comité *ad hoc*, ont l'autorité de la chose jugée et sont obligatoires pour les parties, pour le présent Tribunal arbitral et pour la Confédération Helvétique en vertu des articles 53(1)³¹, 53(2)³² et 54 (1)³³ de la Convention du CIRDI, et de l'article 10(5)³⁴ de l'API Espagne-Chili.

21. Selon la Jurisprudence du Tribunal Suprême Fédéral Suisse, une décision a 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 tribunaux³⁵ :

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

²⁹ Selon J. Salmon la force de la chose jugée au sens formelle signifie : «Caractéristique d'une décision juridictionnelle qui n'est pas, ou qui n'est plus, susceptible d'un recours suspensif d'exécution et qui, dès lors, devient exécutoire », dans Dictionnaire de droit international public, Bruxelles, 2001, p. 513

³⁰ Convention d'arbitrage, §6.1

³¹ 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 »

³² Article 53(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 »

³³ Article 54(1): « Chaque Etat contractant reconnaît toute sentence rendue dans le cadre de la présente Convention comme obligatoire et assure l'exécution sur son territoire des obligations pécuniaires que la sentence impose comme s'il s'agissait d'un jugement définitif d'un tribunal fonctionnant sur le territoire dudit Etat. »

³⁴ Article 10(5): « Les sentences arbitrales seront définitives et contraignantes pour les parties à la controverse »

³⁵ Hohl (F.), Procédure civile, T.I, Berne 2001, p. 244 n° 1289. V. la Réponse aux exceptions à la compétence, §16, 20

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)..»³⁶

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) ... »³⁷***

22. L'identité de l'objet, en tant qu'élément essentiel de la *res judicata*, devra être observée non pas à partir de l'objet selon la requête soumise au Tribunal arbitral mais plutôt à partir de l'objet jugé³⁸, comme il ressort de la jurisprudence de la C.P.I.J. et de la C.I.J., entre autres dans l'affaire *Phosphates du Maroc* :

« les précisions qui ont été apportées au cours de la procédure écrite et de la procédure orale lui permettent [à la Cour] de se former une idée suffisamment claire de l'objet de la demande contenue dans la requête.... »³⁹

En l'espèce, selon la rédaction littérale du §198 de la SR l'objet de la demande soumise devant le TR aurait été *la confiscation intervenue avec la Décision 43 du 28 avril 2000*⁴⁰ (voir *infra*, §47). Par contre, l'objet des différends soumis à l'arbitrage devant le présent Tribunal arbitral n'a aucun rapport avec l'objet que la SR a attribué aux Demanderesses.

1. L'investissement des Demanderesses dans CPP S.A. a été identifié dans la Sentence arbitrale du 8 mai 2008 et est sous la protection de l'API

23. La SI a statué sur le fondement de l'API, et retenu comme fondement de son Dispositif, que

³⁶ Pièce C580, ATF 128 III 191, du 3 avril 2002, §4.a

³⁷ Pièce C499, ATF 4A 508_2013, du 27 mai 2014, §3.3

³⁸ Pièce C595, Brant (L.N.C.), *L'autorité de la chose jugée en droit international public*, Paris, L.G.D.J., 2003, page 136

³⁹ C.P.J.I., affaire *Phosphates du Maroc*, (Exceptions préliminaires), Arrêt du 14 juin 1938m, Série A/B N° 74, page 21, accessible dans <https://bit.ly/2CChD3k>

⁴⁰ Pièce C39, SR, voir le §198 : selon le TR, les Demanderesses auraient conclu « *que ce qui a constitué en fait (si non dans la forme) la confiscation est intervenue avec la Décision n° 43* »

- i. « *Au vu des éléments exposés et des documents produits par les parties, le Tribunal estime tout d’abord que M. Pey Casado a effectivement procédé à l’acquisition des sociétés CPP S.A. et EPC Ltda, contrairement aux allégations de la défenderesse* »⁴¹ ;
- ii. “*Le Tribunal constate d’emblée que l’achat des titres de CPP S.A. et d’EPC Ltda est couvert par la définition de l’investissement établie par l’article 1(2) qui considère comme un investissement les « actions et autres formes de participation dans les sociétés ». La seule condition posée par cet article est celle de l’acquisition en conformité au droit de l’État d’accueil*»⁴² ;
- iii. « *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)*»⁴³ ;
- iv. « *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* »⁴⁴ ;
- v. “*Dans le cas d’espèce, en résumé, en accordant des compensations – pour des raisons qui lui sont propres et sont restées inexplicables – 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.* »⁴⁵

24. L’État du Chili a contesté ces conclusions de la SI devant le 1^{er} Comité *ad hoc* du CIRDI. La Décision du 18 décembre 2012 de ce dernier les a confirmées, et leur a explicitement accordé l’autorité de la chose jugée, et dans les §§162-168 a également confirmé l’existence de l’investissement dans CPP S.A. lorsque les infractions par l’État du Chili à l’API ont eu lieu, de même que la propriété de la totalité des actions par M. Pey Casado et la Fondation Président Allende, rejetant les prétentions en sens contraires de l’État du Chili (voir ci-après le §153).

25. A supposer (*quod non*) que l’invalidité du Décret n° 165 n’aurait été reconnue par la déclaration de la République du Chili devant le TI du CIRDI en 2003 dont fait état la Sentence arbitrale du 8 mai 2008⁴⁶ - *res iudicata*- l’entrée en vigueur le 23 mars 1994 des articles 1, 2, et 10(1), 10(2), 10(3), 10(4) de API entre l’Espagne et le Chili, interprétés conformément à la SI et à l’article 31 de la Convention de Vienne sur les Traités, confèrent aux

⁴¹ Pièce C14, SI, §179

⁴² *Ibid.*, §368

⁴³ *Ibid.*, §411

⁴⁴ *Ibid.*, §667

⁴⁵ *Ibid.*, §674

⁴⁶ *Ibid.*, SI, §667, 668, 674, 677 et notes de bas de page 617 et 623

investisseurs/demandeurs des droits sur leur investissement dans CPP S.A. et ses biens, de même que le droit d'agir devant le présent Tribunal arbitral contre les violations des articles 3, 4, 5 et 10(5) de l'API commises après le 8 mai 2008 par l'État du Chili.

26. En effet, rien dans l'article 1 de l'API ne suggère que ne seraient pas sous la protection de l'API les droits légaux des investisseurs en tant qu'actionnaires de la totalité du capital social de CPP S.A. La *Reply* de l'État du Chili semble ignorer la distinction fondamentale qui existe en droit chilien et en droit international entre les droits d'une entreprise et les droits de leurs actionnaires. Ainsi, la Cour Interaméricaine de Droits de l'Homme, dont la jurisprudence est obligatoire pour l'État du Chili, a statué dans un cas d'expropriation indirecte des actions d'une entreprise de presse que

“Property” may be defined as those material objects that may be appropriated, and also any rights that may form part of a person’s patrimony; this concept includes all movable and immovable property; corporeal and incorporeal elements, and any other intangible object of any value. ... [I]t may be concluded that ... he owned shares in the Company and that, in 1986, they represented 53,95%, and he was therefore the Company’s majority shareholder. Obviously, this participation in the share capital could be evaluated and formed part of its owner’s patrimony from the moment of its acquisition; as such, that participation constituted a property over which Mr. Ivcher had the right to use and enjoyment.⁴⁷ [Soulignement ajouté]

2. La Sentence arbitrale du 8 mai 2008 est la cristallisation de l'investissement et constitue elle-même un investissement

27. Comme on l'a vu *supra* (§2), l'article 1(2) de l'API Espagne-Chili désigne comme investissement « toute sorte d'avoirs... » dont « actions, (...) crédits, valeurs et droits découlant de toute sorte d'apports ... ». La SI a établi avec l'autorité de la chose jugée que les demandeurs/investisseurs sont les propriétaires des actions de CPP S.A.⁴⁸, que cette propriété constitue un investissement qui est sous la protection de l'API et que les investisseurs ont droit à ce que l'État leur garantisse un traitement juste et équitable en ce compris celui de ne pas leur infliger de déni de justice. La Décision du 1^{er} Comité *ad hoc* et la SR ont confirmé que ce droit

⁴⁷ **Pièce C227**, *Ivcher Bronstein v. Peru (Judgment), merits, reparations and cost*, Inter-American Court of Human Rights Series C No 74 (6 February 2001), §§49, 117-131

⁴⁸ **Pièce C14**, SI, v. les §§520, 629, 666-667 («*On rappellera à ce propos l'existence d'un jugement chilien reconnaissant la propriété de M. Pey Casado sur les actions confisquées (...) 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*»), §§ 669, 674, 693 («*les demanderesses dans la présente instance (...) étant, le Tribunal arbitral l'a constaté, les véritables propriétaires des actions des sociétés CPP S.A. et EPC Ltda.*»), et les points 1 à 3 du Dispositif

perdure⁴⁹, et que l'obligation correspondante pèse toujours sur la Défenderesse, au-delà du 8 mai 2008.⁵⁰

28. Conformément à l'article 31 de la Convention de Vienne sur le droit des traités⁵¹, une analyse littérale de l'article 1(2) ne peut que conclure que la sentence arbitrale du 8 mai 2008 constitue un « investissement », que le droit que la SI reconnaît aux Demanderesses est relatif à l'investissement, que ce droit fait partie de l'investissement original, que le droit à l'arbitrage constitue un investissement distinct, que la SI et la Décision du 1^{er} Comité *ad hoc* -qui établissent des demandes et des droits des Demanderesses- constituent une continuation de l'investissement original, « *d'avoirs* » au sens de l'article 1(2) de l'API, et que « *toute controverse* » y relative surgie entre les parties après le 8 mai 2008 entre dans le champ de compétence du présent Tribunal arbitral.

29. L'interférence de l'État du Chili avec les obligations et les droits établis dans la SI envers les investisseurs/demandeurs, voire leur négation dont font état ses déclarations publiques⁵², de même que la négation du droit effectif à l'arbitrage des Demanderesses, constituent des différends relatifs à l'investissement sous la protection de l'API. Ceux-ci entrent donc dans le champ de la compétence du présent Tribunal arbitral conformément à l'*effet utile* des articles 10(1) et 1(2) de l'API.

En effet, si les tribunaux arbitraux des affaires *ATA*, *Saipem* ou *White Industries* n'avaient pas trouvé qu'une sentence arbitrale constitue en elle-même un investissement, ils n'auraient pu appliquer les normes de droit international de protection des investissements à des demandes dont l'objet était la non reconnaissance ou l'inapplication d'une sentence arbitrale.

30. Le Tribunal *White Industries* a considéré que

⁴⁹ Pièce C20, §168

⁵⁰ Pièce C39. SR, §244 *in fine*

⁵¹ 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. 2. Aux fins de l’interprétation d’un traité, le contexte comprend, outre le texte, préambule et annexes inclus : a) Tout accord ayant rapport au traité et qui est intervenu entre toutes les parties à l’occasion de la conclusion du traité; b) Tout instrument établi par une ou plusieurs parties à l’occasion de la conclusion du traité et accepté par les autres parties en tant qu’instrument ayant rapport au traité. 3. Il sera tenu compte, en même temps que du contexte : a) De tout accord ultérieur intervenu entre les parties au sujet de l’interprétation du traité ou de l’application de ses dispositions; 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. »*

⁵² Voir les pièces C385, C408, C500, et la réponse adressée à la Chambre des Députés par le Ministre des AA.EE. du Chili du 27 novembre 2017, exonérant l'État de toute obligation envers les Demanderesses (pièces C596f et C422)

*“awards made by tribunals arising out of disputes concerning ‘investments’ made by ‘investors’ under BITs represent a continuation or transformation of the original investment”*⁵³,

et le Tribunal *Saipem* que

“the rights embodied in the ICC Award were not created by the Award, but arise out of the Contract. The ICC Award crystallized the parties' rights and obligations under the original contract. It can thus be left open whether the Award itself qualifies as an investment, since the contract rights which are crystallized by the Award constitute an investment within Article 1(1)(c) of the BIT”.⁵⁴

Le Tribunal *Saipem* a traité la Sentence arbitrale à l'égal d'un investissement dès lors qu'il a considéré que l'annulation de la Sentence arbitrale par l'État Défendeur constituait une expropriation.

Le Tribunal *ATA* a établi pour sa part que

“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 Final Award at issue in the present arbitration would be part of an ‘entire operation’ that qualifies as an investment” (§§ 60 et ss.);

*“Given that the right to arbitration is considered a distinct investment, it follows that the decision of the Jordanian Court of Cassation extinguishing the Arbitration Agreement between the Claimant and APC, occurring as it did after the entry into force of the BIT, is not barred from the Tribunal’s jurisdiction *ratione temporis* and the Tribunal so finds”* (§120).⁵⁵

En l'espèce l'une des manifestations de la discrimination et du déni de justice commis par l'État du Chili est celle d'empêcher les investisseurs de faire valoir les droits et les rapports de droit entre les investisseurs et l'État découlant de « *leurs apports réalisés dans le but de créer une valeur économique* » (article 1(2) de l'API) -confirmés par la SI et le 1^{er} Comité *ad hoc*- détruisant après le 8 mai 2008 ces droits comme ce serait le cas de la destruction, par exemple, d'une usine.

⁵³ **Pièce C31**, *White Industries Australia Limited v. The Republic of India*, UNCITRAL (J. William Rowley, Charles N. Brower, Ch. Lau), Final Award, 2011, 30 novembre 2011, §7.6.8

⁵⁴ **Pièce C545**, *S.p.A Saipem v Bangladesh*, ICSID Case No ARB/05/7 (Gabrielle Kaufmann-Kohler, Ch. Schreuer, Ph. Otton), Decision on Jurisdiction and Recommendation on Provisional Measures, 21 March 2007, §127

⁵⁵ **Pièce C546**, *ATA Construction, Industrial and Trading Company v Hashemite Kingdom of Jordan*, ICSID Case No ARB/08/2 (Y. Fortier, A. S. El-Kosheri, W.M. Reisman), Award, 18 May 2010

31. La doctrine des Tribunaux *Saipem* et *White Industries* a été également appliquée par le Tribunal de l'affaire *Chevron Corporation and Texaco v. Ecuador*:

An investment can undergo several successive phases not chronologically coterminous with a Concession agreement or concession (...) [this] approach regarding the overall life-span of an investment materially accords with the reasoning of other tribunals in Commercial Cases Dispute, Saipem v Bangladesh, Mondev v USA, Frontier Petroleum Services v Czech Republic and White Industries v India⁵⁶,

ou le Tribunal de l'affaire *Frontier Petroleum Services Ltd.v. Czech Republic* :

by refusing to recognise and enforce the Final Award in its entirety, the Tribunal accepts that Respondent could be said to have affected the management, use, enjoyment, or disposal by Claimant of what remained of its original investment.⁵⁷

32. Dans le cas d'espèce, les actes ou les omissions postérieurs au 8 mai 2008 considérant éteint l'effet utile de la SI en faveur des investisseurs propriétaires des actions de CPP S.A. ont été commis, notamment, par des autorités exécutives et administratives du Chili. Il relève du fond de l'affaire déterminer si ces actes ou omissions constituent une violation des articles relatifs à la protection, le traitement juste et équitable et/ou une expropriation indirecte des droits que la SI et le 1^{er} Comité *ad hoc* ont confirmés, car

*ultimately, it is the enforceability and indeed the enforcement of the arbitral award that gives credence to the entire arbitration process and justifies the cost and time that the parties to a dispute have invested in the resolution process. Further, Article IX refers to "a measure" in the singular, such that this Tribunal's jurisdiction *ratione materiae* may be established over this dispute if Claimant shows that it relates to the effects of at least one measure taken by Respondent on the management, use, enjoyment, or disposal of its investment.⁵⁸*

3. La Sentence arbitrale du 13 septembre 2016 a exclu du champ de sa compétence les questions surgies entre les parties après le 3 novembre 1997 et *a fortiori* après le 8 mai 2008

⁵⁶ **Pièce C597**, *Chevron Corporation (USA) and Texaco Petroleum Company (USA) v. The Republic of Ecuador*, UNCITRAL, PCA Case No. 34877 (H.A. Grigera, V. Lowe, V.V. Veeder), Third Interim Award on Jurisdiction and Admissibility, 27 February 2012, §§4.16, 4.21

⁵⁷ **Pièce C598**, *Frontier Petroleum Services Ltd.v. Czech Republic*, UNCITRAL (D.A.R. Williams, H. Alvarez, Ch. Schreuer), Final Award, 12 Novembre 2010, §231

⁵⁸ **Pièce C599**, *Mistelis (A.), Award as an Investment – The Value of an Arbitral Award or the Cost of Non-Enforcement*, ICSID Review, Vol. 28, No. 1 (2013), page 663

33. L'État du Chili avait sollicité en 2014 du TR qu'il déclare dehors de sa compétence toute question surgie entre les parties après la date de la Sentence initiale :

«Claimants' Claim Regarding Post-Award Treatment by the Chilean Courts Is Beyond the Limited Scope of the Tribunal's Authority. (...)

[Claimants] are invoking in this Resubmission Proceeding alleged post-Award actions by Chile as the basis to assert new claims under Articles 4 and 5 of the BIT. (...) Claimants cannot now submit **new claims**. Their assertion that the referenced post-Award actions by Chile "constituent, par eux-mêmes et par leur contexte, une violation de l'article 4 et, le cas échéant, de l'article 5 de l'API" clearly constitute **new claims** and are therefore barred, as they transcend the scope of this Resubmission Proceeding."⁵⁹ [Caractères appuyés ajoutés]

"Claimants' assertion of **new merits claims** demonstrate either a complete misapprehension of, or a blatant disregard for, the nature and scope of this Resubmission Proceeding. (...) A claimant does not have carte blanche to submit entirely new claims. (...) In this Resubmission Proceeding, Claimants purport to assert several **new merits claims**, of which the following are but a sampling:

- a. Claimants' freestanding expropriation claim;
- b. A claim that various **post-Award** events related to the Goss Machine constitute a violation of Article 4 of the BIT;⁶¹
- c. A claim that the behavior of Chile's representatives during earlier phases of this ICSID case (**mostly post-Award**) amounts to a new violation of Article 4 of the BIT;
- d. A "national treatment" claim based on the fact that the owners of other media companies were compensated for the expropriation of their assets, but Claimants were not compensated for the expropriation of El Clarin; and
- e. A claim of alleged unjust enrichment by Chile.

None of the above-listed claims can be entertained by this Tribunal (...)."⁶⁰ [Caractères appuyés ajoutés]

La SR du CIRDI a accueilli en 2016 cette demande du Chili, dans les termes suivants :

- « Les questions qui ont surgi entre les Parties **après cette date** [le 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** »⁶¹ ;
- « 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 ».⁶² [Caractères appuyés ajoutés]

L'État du Chili agit donc contre l'autorité de la SR, de même que contre ses propres actes au détriment des Demanderesses, lorsqu'il soutient, en 2018, que les controverses soumises

⁵⁹ **Pièce C604**, *Chile's Counter-Memorial on Resubmission* du 27 octobre 2014, §§240-242

⁶⁰ **Pièce C605**, *Chile's Rejoinder on Resubmission* du 9 mars 2015, §§37-40

⁶¹ **Pièce C39**, SR, §216. Le *Oxford Dictionary of Law* (ed. de 2016) définit le terme « issue » comme "The matter in dispute in a court action"

⁶² *Ibid.*, §244 *in fine*

devant le présent Tribunal - toutes surgies entre les parties après le 8 mai 2008- seraient identiques à celles soumises dans le for du CIRDI, qu'elles relèveraient de la compétence du TR et que la SR les aurait tranché sur le fond.

34. La Décision du 2nd Comité *ad hoc* du CIRDI du 15 mars 2018 a tenu compte de la « date critique » de la compétence *ratione temporis* que le TI a établie au §216 de la SI, et du fait que les principes de l'article 26 de la Convention du CIRDI

*« 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.*⁶³ [Soulignement ajouté]

35. Or alors que l'accès au système de solution des controverses est établi dans l'API de manière à conduire à une décision sur le fond, s'agissant des controverses soumises devant le présent Tribunal arbitral soit elles sont nouvelles soit elles n'ont pas fait l'objet d'une décision sur le fond à cause soit du déni de justice établi par le TI (paralyse du Jugement interne) ou soit d'être hors le champ de compétence du TR, à savoir :

- i. La controverse née le 4 février 2013 pour infraction aux articles 10(5), 3, 4 et 5 de l'API⁶⁴ ;
- ii. L'expropriation indirecte à partir du 8 mai 2008 des droits reconnus dans la Sentence arbitrale initiale, enfreignant les articles 3(1),4 et 5 de l'API depuis le 24 juillet 2008⁶⁵ ;
- iii. La discrimination à l'endroit des investisseurs demandeurs depuis le 8 mai 2008, qui a enfreint les articles 10(5), 3(1), 4 et 5 de l'API⁶⁶ ;
- iv. L'infraction aux articles 3 et 4 de l'API dès lors que l'État ne respecte pas les obligations de résultat et de comportement qui pèsent sur lui depuis le 8 mai 2008 du fait de ce qu'a statué la Sentence initiale⁶⁷ ;
- v. Les actes et omissions de l'État du Chili depuis janvier 2014 relatifs à l'ocultation de l'envergure de ses rapports avec le groupement d'avocats dont sont membres la majorité des

⁶³ Pièce C461, Décision du Comité *ad hoc* du 15 mars 2018, §§80-81

⁶⁴ Mémoire sur la compétence et le fond, page 20 et ss

⁶⁵ *Ibid.*, pages 22-24

⁶⁶ *Ibid.*, pages 26-32

⁶⁷ *Ibid.*, pages 32-33

arbitres dans la procédure de réexamen suivie auprès du CIRDI entre juin 2013 et octobre 2017, enfreignant de la sorte les articles 3, 4, 10(1) et 10(5) de l'API⁶⁸ ;

vi. Le refus continu du Gouvernement chilien depuis le 24 juillet 2017 d'accomplir l'injonction du 28^{ème} Tribunal civil de Santiago⁶⁹ afin de fonder une demande en responsabilité civile extra-contractuelle à l'encontre de l'État, suivi de la Sentence *extra-petita* de la Cour d'Appel de Santiago du 15 novembre 2018⁷⁰ (v. *infra*, §§167-169, 182-184), qui constituent des actes discriminatoires, en ce compris le deni de justice, contre lesquels n'existent pas de recours internes.

Les demandes et les remèdes fondés sur ces controverses relatives aux infractions commises de l'API par l'État, aux préjudices causés par celles-ci, à la responsabilité internationale qui en découle, ont été formulés notamment dans les §§43, 299, 335, 344, 422, 462, 529, 542, 545, 547 du **Mémoire** sur le fond, dont le corollaire en est le §717.

Or la *Reply* est fondée sur le fait de passer sous silence toutes ces demandes et tous ces remèdes⁷¹ (hormis leur corollaire), notamment les suivants énoncés dans le Mémoire sur la compétence et le fond du 6 janvier 2018 :

§43	<i>43. A la lumière de ces principes, les Demanderesses sollicitent du Tribunal arbitral qu'il tire les conséquences du comportement de Chili ayant tenté d'anéantir a) l'effet de la Sentence arbitrale du 8 mai 2008, et b) l'existence même du Jugement interne du 24 juillet 2008 dont il ressort que le Décret n° 165 n'a eu aucune existence juridique dans l'ordre juridique chilien, la nullité étant ex tunc.</i>
§299	<i>les Demanderesses sollicitent respectueusement du Tribunal arbitral qu'il détermine le droit applicable au litige (ii à vi) et applique le principe de réparation intégrale du préjudice (vii) à l'évaluation du montant de la réparation due par la Défenderesse aux investisseurs-Demandeurs pour avoir manqué à ses obligations ex articles 3(1), 4, 5 et 10(5) de l'API.</i>
§335	<i>Les Demanderesses invoquent le droit que leur confèrent les articles 907, 910, 1437, 1458, 2284, 2316, 2329 et concordants du Code Civil chilien et sollicitent du Tribunal arbitral, au titre de la mauvaise foi et des infractions dont s'est rendu coupable l'Etat chilien, qu'il accorde que soit cumulé, au montant correspondant à l'indemnisation du dommage déterminé dans les sections précédentes, la restitution de tous les fruits naturels et civils de la chose possédée de mauvaise foi, avec les intérêts correspondants.</i>
§344	<i>Les mesures et les actions adoptées, ou non adoptées, par l'État du Chili depuis que le Jugement du 8 mai 2008 a constaté la nullité de droit public du Décret n° 165 – destinées à empêcher qu'il soit clairement reconnu que le traitement subi par les investisseurs a constitué, et continue à constituer, une voie de fait sans aucun appui légal - ont privé les investisseurs</i> <i>a) de leurs droits inhérents sur leur investissement protégés par l'API (res iudicata) ;</i>

⁶⁸ *Ibid.*, page 33-42

⁶⁹ Pièces C196 et C196e, C569f, C405e, C390e, C390ebis, C404, C478f, C478e, C479e, C555f et C577e, C578e, C480e, C481f et C481e, C482f et C482e, C483e et C483f, C483bisf et C483bis

⁷⁰ Pièces C600f, C645f, C482f et C482e

⁷¹ *Reply*, §§40-68

	<p>b) <i>du ius in rem conformément à la Constitution du Chili ; de leurs rapports de droit vis-à-vis l'État du Chili en relation avec le patrimoine de CPP S.A. ;</i></p> <p>c) <i>de l'utilisation et de l'exploitation exclusive de ce patrimoine-, détruisant la valeur commerciale de leur investissement dans les actions de CPP S.A. et privant de valeur celles-ci. (...)</i> <i>Des faits constitutifs d'une expropriation indirecte</i></p>
§422	<p><i>Les Demanderesses sollicitent respectueusement du Tribunal arbitral qu'il tire toutes les conséquences de droit qu'il jugera pertinentes s'agissant de la réparation due au titre de la violation des articles 3, 4, 5 et 10(5) de l'API par l'État du Chili en tenant compte :</i></p> <p>a) <i>Du manquement à ses obligations ex article 4 de l'API depuis la Sentence arbitrale du 8 mai 2008, notamment la persistance de l'absence de publicité de la nullité de droit public du Décret 165 plusieurs années durant, maintenant l'opacité totale concernant ce qu'occultait la composante du déni de justice dévoilée dans le Jugement interne de l'affaire Goss ;</i></p> <p>b) <i>De la preuve du constat de la nullité de droit public du Décret n° 165 par le Jugement du 24 juillet 2008 ;</i></p> <p>c) <i>De la preuve de la mala fides de l'État Défendeur consistant à bloquer, au mépris de la loi, cette preuve à l'égard de M. Pey Casado entre la date du prononcé dudit Jugement interne et le 28 janvier 2011 ;</i></p> <p>d) <i>Des agissements à partir du 18 juin 2009 visant à invalider devant les Cours chiliennes, à l'insu des Demanderesses, et à partir du 30 mars 2011 dans la procédure arbitrale, cette preuve déterminant la nature et la portée financièrement quantifiable des violations de l'API au détriment des investisseurs, en relation directe avec les effets dommageables du déni de leurs droits sur l'investissement, pour l'effacement de toutes les conséquences ;</i></p> <p>e) <i>De l'expropriation indirecte, infligée aux investisseurs, de leurs droits de propriété sur leur investissement depuis que le Jugement du 1^{er} Tribunal civil de Santiago a constaté ex officio la nullité de droit public du Décret n° 165.</i></p>
§542	<p><i>Subsidiairement (...) les investisseurs formulent une demande à l'encontre de l'État du Chili étayée par les mêmes antécédents factuels et les décisions arbitrales précitées, mais fondée juridiquement, cette fois, sur le fait que le traitement injuste et le déni de justice ayant affecté les investisseurs Demandeurs, et constatés dans les Sentences arbitrales de 2008 et 2016, ont consisté à enfreindre l'obligation de ne pas faire stipulée à l'article 4 de l'API, infraction qui étant donné sa nature peut être inversée, ce à quoi, par conséquent, selon ce que prescrit l'article 1555, 2ème et 3ème alinéas du Code Civil, le débiteur se trouve obligé: (...)</i></p>
§545	<p><i>L'État Défendeur n'ayant pas exécuté l'obligation que lui imposent les paras. 2 et 3 du Dispositif de la Sentence arbitrale du 8 mai 2008, conformément à l'article 1555 in fine du Code civil du Chili <u>il est respectueusement demandé que le présent Tribunal arbitral ordonne à l'État du Chili de restituer aux Demanderesses les (...).</u></i></p>

4. Les conditions établies à l'article 10(2) de l'API sont réunies en l'espèce⁷²

36. La SI (§432) a établi que :

«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. »

37. On remarquera que le choix du for CNUDCI effectué le 12 avril 2017 par les Demanderesses a satisfait les conditions établies à l'article 10(2) de l'API dès lors que

1.- aucune des controverses soumises au présent Tribunal arbitral n'avait été soumise aux juridictions internes du Chili ;

2.- plus de six mois s'étaient écoulés depuis la date où sont nées les controverses sans que l'État ait exprimé la moindre intention de rendre possible un accord amiable entre les parties;

5. Les propositions de la Défenderesses relatives au choix du for enfreignent l'article 10(3) de l'API et la Convention de Vienne sur le droit des traités

38. Conformément à l'article 31 de la Convention de Vienne (v. *supra*, §§3, 6, 21), l'interprétation de l'article 10(3) de l'API (v. *infra* §§24, 36-40) devra tenir compte du principe de l'*effet utile*⁷³ ainsi que de son application dans les deux Sentences et dans les Décisions du 1^{er} et du 2nd Comité *ad hoc* du CIRDI.

⁷² L'article 10(2) dispose: "2. 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 » ; version originale : « 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 elección del inversionista: O bien a las jurisdicciones nacionales de la Parte contratante implicada en el controversia; O bien el arbitraje internacional en las condiciones descritas en el párrafo 3. Una vez que un inversionista haya sometido la controversia a las jurisdicciones de la Parte contratante implicada o al arbitraje internacional. la elección de uno y otro de esos procedimientos será definitiva. »

⁷³ L'*effet utile* requiert que les tribunaux interprètent les disposition d'un traité en tenant compte de la "narrower function of preferring an interpretation which gives meaning to every term rather than depriving one or more words of any role at all" (Gardiner (R.), Treaty Interpretation, 2nd ed. 2015, p. 66, pièce C601

39. L'article 10(3) de l'API ne formule aucune limitation explicite qui rendrait exclusive, définitive ou irrévocable le choix entre les deux fors de l'arbitrage qu'il offre aux investisseurs pour résoudre un différend au sens des articles 10(1) et 2(2). En l'absence d'un texte spécifiant une limitation, la charge d'établir que celle-ci existerait et que l'interprétation des Demanderesses serait invraisemblable incombe à la Défenderesse.

La rédaction de l'article 10(3) exige que l'investisseur opte pour un seul forum dans chaque controverse, non que l'investisseur choisisse soit la CNUDCI soit le CIRDI excluant l'autre pour TOUTES les controverses entre l'investisseur et l'État partie au traité. Il n'y a tout simplement aucune base dans le langage utilisé par l'API qui suggère qu'une condition pour le consentement à l'arbitrage par les parties au traité serait que, dans l'avenir, l'investisseur s'engage à porter toutes les réclamations contre l'État d'accueil dans un for ou l'autre. Quel serait l'objet, cohérent avec la finalité et le but du Traité, que pourrait remplir une lecture de cet article infléchi dans le sens d'un choix irréversible de l'investisseur pour tous les différends futurs avec l'État d'accueil ?

En fait, l'argument du Chili en l'espèce repose entièrement sur l'idée que la CNUDCI et les demandes tranchées dans le for du CIRDI se réfèrent au même différend ou à la même demande, ce que les Demanderesses contestent sans ambiguïté étant donné, notamment, la séparation claire de la compétence temporelle entre les deux fors. Or ce que le Tribunal arbitral a décidé de joindre au fond est EXACTEMENT la question consistant à déterminer s'il y a deux controverses distinctes en l'espèce.

40. Les divagations singulières de l'État du Chili autour de l'article indéfini « *un, uno-una* » (*un-une* en français),⁷⁴ dans une langue latine comme l'espagnol, la seule version de l'API - que la *Reply* cite seulement dans une traduction non officielle en anglais, une langue qui ne réunit pas dans le seul mot «-*uno*»- la double acception d'article indéfini et de numéral cardinal⁷⁵ mais différencie entre l'article indéfini « *a-an* », et, d'autre part, l'adjectif-numéral-pronom « *one* »⁷⁶- ne satisfont sous aucune forme la charge de cette preuve.

⁷⁴ V. **Reply**, §§4, 27, 28

⁷⁵ V. **Mémoire** des Demanderesses sur la compétence et le fond, §§134, 152 : « 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> ».

⁷⁶ Voir le *Merriam-Webster Dictionary* dans <https://www.merriam-webster.com/dictionary/dictionary>

L'article 10(3) de l'API Espagne-Chili)

Original en espagnol	Version française non officielle ⁷⁷
<p>3. En caso de recurso al arbitraje internacional la controversia podrá ser llevada <u>ante uno de los órganos de arbitraje</u> designados a continuación a elección del inversionista:</p> <p><i>Al Centro Internacional de Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones (CIADI) creado por el Convenio sobre Arreglo de Diferencias relativas a 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 Tratado 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 CIADI.</i></p> <p><i><u>A un</u> Tribunal de arbitraje “ad hoc» establecido de acuerdo con las reglas de arbitraje de la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional (CNUDMI).</i></p>	<p>3. En cas de recours à l'arbitrage international, le différend pourra être porté <u>devant l'un des organes d'arbitrage</u> désignés ci-après, au choix de l'investisseur:</p> <p><i>Au Centre international de règlement des différends en matière d'investissements (CIADI) créé 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, si chacune des Parties au présent Accord a adhère a cette Convention. Tant que cette condition n'est pas remplie, chaque Partie contractante doit donner son consentement pour que le différend soit soumis à l'arbitrage conformément au règlement du Mécanisme complémentaire du CIADI;</i></p> <p><i><u>A un</u> tribunal arbitral spécial institue en vertu du règlement d'arbitrage de la Commission des Nations Unies pour le droit commercial international (CNUDCI).</i></p>

[Caractères appuyés ajoutés]

41. Une interprétation des termes de l'article 10(3) selon leur sens ordinaire ne signifie pas qu'ils soient exclusifs, excluants ou définitifs. Comme il a été indiqué dans le **Mémoire**⁷⁸ et la **Réponse**⁷⁹, il n'y pas dans l'article 10(3) de *fork-in-the-road*, à la différence de ce qu'a lieu à l'article 10(2).

42. Conformément au principe de l'*effet utile*, la *fork-in-the road* à l'article 10(2) signifie que le choix entre les juridictions nationales et l'arbitrage international est définitif -à condition qu'il y ait une décision sur le fond du différend. Le TR a interprété en ce sens l'API Espagne-Chili lorsqu'ayant considéré dénué de pertinence, en ce qui concerne les effets de la nullité de

⁷⁷ **Pièces C6 et C602** (version française de l'API Espagne-Chili publiée par les NN.UU. dans le vol. 1774 du Recueil des Traités)

⁷⁸ **Ibid.**, §13

⁷⁹ **Réponse** des Demanderesses aux exception à la compétence, §§33, 35, 36, 67, 112, 116, 151, 152)

droit public du Décret 165, le choix des Demanderesses en faveur de l'arbitrage du CIRDI, il les a renvoyées vers les juridictions nationales :

*« 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 le recours à ce titre pourrait relever de la sphère domestique ».*⁸⁰

43. En effet, lorsque les investisseurs ont choisi **le 3 novembre 1997** l'un des fors que leur offrait l'État du Chili -celui du CIRDI- pour résoudre la première controverse surgie entre les parties, en 1995, un seul accord d'arbitrage a été créé. Cet accord initial a été prorogé lorsque les Demanderesses ont porté devant le Tribunal arbitral initial une deuxième et troisième controverses, survenues en 2000 et 2002 respectivement.⁸¹

44. La SI du 8 mai 2008 a considéré que le TI n'avait pas compétence *ratione temporis* sur la 1^{ère} controverse et que l'infraction de l'API n'avait pas en caractère continue entre 1975 et 1995 dès lors qu'à sa connaissance la validité du Décret n° 165 n'avait pas été remise en cause par les juridictions internes.⁸²

45. Par contre, la SI a établi sa compétence et a tranché sur le fond les controverses nées en 2000 et 2002.⁸³

46. La SR du 16 septembre 2016 quant à elle a considéré que les questions surgies entre les parties après le 3 novembre 1997 et *a fortiori* après le 8 mai 2018 n'entraient pas dans le champ de compétence du TR.⁸⁴

47. D'autre part, les points 2 à 6 du Dispositif de la SR sont fondés sur la considération selon laquelle la cause et l'objet de la procédure de réexamen soumise devant le TR serait un

⁸⁰ **Pièce C39**, SR, §198 *in fine*, dans la version rectifiée approuvée dans la Décision du octobre 2017 (**pièce C39bis**, §§38, 52, 62(a))

⁸¹ **Pièce C14**, SI, §437 : « 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. Le Tribunal examinera tour à tour chacune de ces prétentions. »

⁸² **Pièce C14**, SI, §§438-447, 466, 600 (« l'expropriation résultant du Décret n°165 ne peut être analysée comme un fait illicite continu et ne peut se voir appliquer les dispositions de fond de l'API »), 601-604

⁸³ **Ibid.**, §§611-674 et Dispositif (points 1 à 3)

⁸⁴ **Pièce C39**, SR, §216

acte de l'État antérieur au 8 mai 2008, à savoir la confiscation intervenue, selon la formulation introduite par la SR, avec la Décision n° 43 du 28 avril 2000⁸⁵ :

Sentence de Réexamen

§196	[selon les Demanderesses] « la confiscation de ces biens n'était pas un acte instantané définitivement consommé en 1975, mais qu'elle n'a en fait été consommée que plusieurs années plus tard »
§198	« la seconde [conclusion des Demanderesses] est que ce qui a constitué en fait (si non dans la forme) la confiscation est intervenue avec la Décision n° 43. »
§220	« [Les Demanderesses soutiennent que] le préjudice que les Demanderesses ont subi du fait de la discrimination établie par le Tribunal Initial était la perte du droit à recouvrer, bien que tardivement, une compensation au titre de la confiscation »
§221	« [Les Demanderesses soutiennent] que le préjudice causé aux Demanderesses et son évaluation monétaire sont simplement établis en calculant l'enrichissement qui en résulte pour la Défenderesse (c'est-à-dire découlant de la confiscation continue et non indemnisée)
§222	« l'ensemble des arguments des Demanderesses, d'une manière ou d'une autre, représentent des tentatives de réintroduire leur demande initiale fondée sur la confiscation d'El Clarin »
§240	« la Défenderesse soutient que, quels que soient les mérites et les faiblesses des calculs particuliers de M. Saura [Accuracy], ils échouent tous car ils ne sont rien de plus que des approches alternatives pour mesurer la valeur en capital des biens confisqués ainsi que les profits retirés de leur utilisation, ce qui ne serait recevable qu'en présence d'une demande valable fondée sur l'expropriation . Encore une fois, le Tribunal est d'accord avec cette critique. »
§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 »

Or la *causa petendi* et l'objet des demandes soumises sous les règles de la CNUDCI pour infraction aux articles 3, 4, 5 (expropriation indirecte), 10(5) de l'API sont des controverses survenues comme conséquence d'actes de l'État **après le 8 mai 2008**.

L'État a quant à lui explicitement nié devant le TR que soit valide le consentement au choix du for arbitral du CIRDI effectué par les Demanderesses. Il a allégué des raisons diverses, comme l'absence du droit d'agir de Mme. Pey Grebe⁸⁶, ou le manque de compétence du TR sur la

⁸⁵ **Ibid.**, SR §198

⁸⁶ **Pièce C14**, SI, §128: “La Défenderesse soutient en outre que la compétence n'a pas été, et selon toute probabilité, ne peut pas être, établie à l'égard de Mme Pey Grebe, car l'article 25(2)(a) de la Convention CIRDI interdit les demandes présentées par des personnes ayant la double nationalité si l'une des nationalités concernées est celle de l'État défendeur », et §185

question relative à l'invalidité du Décret n° 165 ou sur la conséquence de cette invalidité en droit interne (§§193⁸⁷, 222⁸⁸, 240⁸⁹, caractères appuyés ajoutés).

48. Cependant l'accord d'arbitrage du 3 novembre 1997 est parvenu à sa fin lors de la communication de la SR du 13 septembre 2016⁹⁰ -dont le caractère obligatoire et l'autorité de la chose jugée a été confirmée par le 2nd Comité *ad hoc* le 15 mars 2018.⁹¹

Les recours extraordinaires en correction d'erreurs matérielles et d'annulation de la SR prévus aux articles 49(2) et 52 de la Convention du CIRDI ne sont pas des recours en appel. Ils ne peuvent en aucun cas donner lieu à une Sentence arbitrale remplaçant celle du 13 septembre 2016, mais, le cas échéant, à sa seule rectification ou annulation, totale ou partielle.

49. Bref, on peut en conclure que en l'état -la SR n'est ni annulée ni remplacée par une décision statuant autrement – sur ces points les Demanderesses n'ont pas fait un choix valable du for en soumettant au TR du CIRDI des questions survenues entre les parties après le 8 mai 2008.

50. Le consentement à l'arbitrage le 12 avril 2017 dans l'autre for offert dans l'article 10(3) de l'API -celui régi par le Règlement de la CNUDCI- constitue donc le premier consentement qui est conforme à l'offre contenue à l'article 10(3) de l'API touchant les controverses postérieures au 8 mai 2008. Il a créé un deuxième accord d'arbitrage, indépendant et différent de celui créé le 3 novembre 1997 sous le for du CIRDI.

⁸⁷ **Pièce C14**, SI, §193: *“en ce qui concerne la fair market value des biens saisis, la Défenderesse déclare qu'il ne s'agit ni plus, ni moins que d'un retour aux demandes fondées sur la confiscation qui ont été expressément rejetées par le Tribunal Initial car elles n'entraient pas dans son champ de compétence ratione temporis ; en ce qui concerne l'argument subsidiaire fondé sur l'enrichissement sans cause, la Défenderesse réitère que celui-ci renvoie encore une fois à la confiscation initiale, bien qu'il soit fondé sur une théorie de «confiscation continue», qui est également incompatible avec les portions non annulées de la Sentence Initiale ; et quant au préjudice moral, la Défenderesse avance que (indépendamment du fait que l'argumentation ait encore une fois invoqué des liens avec la confiscation initiale), 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. »*

⁸⁸ **Ibid.**, §222: *“l'ensemble des arguments des Demanderesses, d'une manière ou d'une autre, représentent des tentatives de réintroduire leur demande initiale fondée sur la confiscation d'El Clarín »*

⁸⁹ **Ibid.**, §240 : *“ la Défenderesse soutient que, quels que soient les mérites et les faiblesses des calculs particuliers de M. Saura, ils échouent tous car ils ne sont rien de plus que des approches alternatives pour mesurer la valeur en capital des biens confisqués ainsi que les profits retirés de leur utilisation, ce qui ne serait recevable qu'en présence d'une demande valable fondée sur l'expropriation »*

⁹⁰ Voir les déclarations publiques des représentants de l'État du Chili les 14 et 16 septembre et 29 novembre 2016 annonçant que la SR *« met fin à 19 années de controverses judiciaires»*, **pièces C408, C34, C35**

⁹¹ **C461**, Décision du 2nd Comité *ad hoc* du 15 mars 2018, §58

6. Les conditions établies à l'article 10(3) de l'API sont réunies en l'espèce

51. Le 2nd Comité *ad hoc* du CIRDI paraît avoir implicitement interprété l'article 10(3) de l'API lorsqu'il a explicitement affirmé que, contrairement à ce que lui demandait le Chili, les principes de l'article 26 de la Convention du CIRDI ne s'appliquent pas à des « nouvelles demandes » (v. *supra*, §33).

52. Comme on a vu *supra* (§§29, 32, 38, 42), l'interprétation des articles 10(2) et 10(3) selon le principe de l'*effet utile* est conforme à l'objet et au but de l'API.

53. Cependant, comme il sera développé ci-après, l'interprétation que fait l'État du Chili de l'article 10(3) de l'API est contraire au sens littéral et contextuel de celui-ci, de même qu'à la finalité du Traité. Une telle interprétation paraît avoir comme but et conséquence de conduire à un résultat absurde et déraisonnable enfreignant l'API, à savoir fermer l'accès des Demanderesses à l'arbitrage international.

54. Ce ne serait pas la première fois. Sous une forme ou une autre, comme l'attestent la SI et la Décision du 1^{er} Comité *ad hoc* l'État du Chili avait déjà formulé devant le TI et le 1^{er} Comité *ad hoc* la plupart des présentes exceptions sur la compétence d'un arbitrage international pour résoudre les controverses entre les parties.

55. L'État formule dans son *Reply* du 19 novembre 2018 des objections à la compétence du Tribunal arbitral qui se disent fondées sur la Convention du CIRDI. Or du point de vue du sens littéral de la rédaction de l'article 10(3) de l'API, l'*effet utile* de l'absence de l'alternative figurant dans l'article 10(2) relativement à l'exclusivité du choix - « soit à ...soit à..., le choix de l'une ou l'autre de ces procédures sera définitive » - signifie que dans l'article 10(3) sont absentes l'exclusivité, l'irrévocabilité et l'irréversibilité dans le choix du for qui y est offert.

56. D'autre part, conformément à l'article 31 de la Convention de Vienne sur les Traités il est pertinent de rappeler dans l'interprétation de l'article 10(3) ce contexte, à savoir une mise en relation avec l'article 10(2) et la conséquence qui découle de l'absence d'exclusivité dans l'article 10(3).

7. Le déni de justice de la part de l'État du Chili à l'encontre des investisseurs-demandeurs a continué après le 8 mai 2008

57. L'une des finalités de l'API étant « *de créer des conditions favorables pour les investissements réalisés par les investisseurs de chacune des parties dans le territoire de l'autre impliquant des transferts de capitaux* », l'article 10(2) accorde la priorité à l'accord amiable des controverses et, si cela n'était pas possible, il offre à l'investisseur l'option alternative de soumettre la controverse à un « *arbitrage international* » dont « *les sentences seront définitives et contraignantes pour les parties à la controverse* » selon l'article 10(5).

58. Or si le Tribunal arbitral rejetait les demandes des investisseurs sur la base des exceptions à la compétence que formule le Chili, non seulement les controverses surgies après le 8 mai 2008 ne seraient pas résolues et les Demanderesses n'auraient pas accès à une sentence sur le fond par la voie d'un arbitrage international, mais elles seraient réduites au déni de justice le plus absolu.

59. Ce qui ressort clairement de la *Reply* est le dessein avéré de l'État du Chili d'empêcher les Demanderesses d'exercer leur droit à l'arbitrage international que leur offre l'API Espagne-Chili découlant, d'un côté, du manquement aux obligations qui pèsent sur l'État en vertu de la Sentence arbitrale du 8 mai 2008 et, d'un autre côté, du lien de rattachement existant entre le litige terminé dans cette Sentence arbitrale et la présente procédure arbitrale sous les règles de la CNUDCI.

60. En effet,

- i. Le manquement de l'État du Chili à son obligation de ne pas soumettre les Demanderesses à un déni de justice a été établi dans la SI et la SR avec l'autorité de la chose jugée⁹² ;
- ii. La SI et la SR ont également établi que l'arbitrage international est le mécanisme prévu dans l'API pour le règlement des demandes relatives au manquement au traitement juste et équitable commis par l'État du Chili à l'encontre des Demanderesses;

⁹² Pièce C14, SI, §674 et points 1 à 3 du Dispositif ; pièce C39, SR, §244 *in fine*

- iii. Depuis le 8 mai 2008 les Demanderesses sont dans une situation continue et objective de discrimination et de déni de justice de la part de l'État du Chili ;
- iv. La validité de l'arbitrage et l'exclusion du recours aux tribunaux nationaux sont indéniables⁹³ ;
- v. La Défenderesse n'a pas démontré que les Demanderesses auraient même qualité pour présenter leurs demandes relatives à leur investissement dans CPP S. A. devant les tribunaux nationaux chiliens. À supposer même que ce fût le cas, la réclamation des demandeurs serait prescrite selon le Jugement interne du 24 juillet 2008, classé, de surcroît, en 2009 sans même qu'il leur ait été notifié, un fait constitutif en lui-même de déni de justice ;
- vi. En tout cas, même si le Gouvernement affirmait la présomption de neutralité des tribunaux nationaux envers les droits de la Fondation Président Allende et de la successeur de M. Pey Casado sur leur investissement, cette présomption serait inapplicable car elle ne lie que le Gouvernement et non les tribunaux ;
- vii. La récente décision *extra-petita* de l'Arrêt du 15 novembre 2018 de la Cour d'Appel de Santiago⁹⁴ a confirmé l'articulation de l'Exécutif et des tribunaux nationaux dans la manquement à l'obligation de traitement juste et équitable envers les Demanderesses (v. *supra*, §35(vi), et *infra* §§167, 169, 182-183) ;
- viii. Quoi qu'il en soit, la SI⁹⁵ ayant établi avec l'autorité de la chose jugée que l'État du Chili est responsable de discrimination et de déni de justice pour le comportement de ses tribunaux, de l'Exécutif, de l'Organe de Contrôle préalable de la légalité (la *Contraloría General de la República*), la SI a remis en question la neutralité et le respect des droits fondamentaux dans ce pays à l'encontre des Demanderesses ;
- ix. Il est difficile d'admettre qu'une attente de plus de deux ans après que la SR ait réaffirmé les obligations qui pèsent sur l'État du Chili pour avoir « *commis une violation de l'article 4 du TBI en en garantissant pas un traitement juste et équitable aux*

⁹³ **Pièce C602**, Schreuer (C.), "Interaction between International Tribunals and Domestic Courts", in *Contemporary Issues in International Arbitration and Mediation: The Fordham Papers*, edited by A. Rovine (2010), 71,

⁹⁴ **Pièces C600f et 645f**

⁹⁵ **Pièce C14**, SI, §674

investissements des Demanderesses »⁹⁶, et de plus de dix ans après la condamnation de l'État dans la SI, ne constitue pas un déni de justice continu et délibéré;

- x. Ce qui est en jeu est le droit des Demandeurs à un arbitrage international sous l'API, le seul moyen efficace d'obtenir l'application effective des droits et des garanties que le droit international leur confère. Le seul intérêt déclaré du Défendeur est de l'éviter, comme le démontrent ses déclarations publiques de même que celles formulées devant le présente Tribunal arbitral.
- xi. La réponse du Ministre des Affaires Étrangères du 27 novembre 2017⁹⁷ à l'interpellation de la Chambre des Députés du 20 septembre 2017⁹⁸ démontre la volonté continue de l'État d'ignorer ses obligations sous l'API établie par la SI avec l'autorité de la chose jugée et confirmée par la SR⁹⁹.
- xii. L'extrême biais des Rapports de MM. Barros et Maturana, experts que l'État du Chili a produit le 21 mai 1998, est également éloquent.¹⁰⁰ Ils s'appliquent à nier¹⁰¹ l'imprescriptibilité de l'invalidité *ab initio* de tous les décrets confiscatoires qui font partie du système de crimes contre le droit international qui, sous un régime de dictature cruelle (1973-1990), a enfreint les droits humains les plus fondamentaux (dont le droit à la vie, la liberté, la propriété, etc.)¹⁰², alors que la Sentence de la Cour Interaméricaine des Droits de l'Homme du 29 novembre 2018 a conclu que

« comme l'ont fait observer la Commission [Américaine des Droits Humains] et l'État [chilien] lui-même, la jurisprudence de la Cour Suprême chilienne de ces dernières années a considérablement varié, déclarant dans des nombreux cas concrets l'imprescriptibilité de l'action civile en indemnisation pour des dommages découlant de délits de crime contre l'humanité, en intégrant à cette fin des arguments du Droit International relatifs aux Droits

⁹⁶ **Pièce C39**, SR, §244

⁹⁷ **Pièce C596f**, réponse du Ministre des Affaires Étrangères du 27 novembre 2017 à l'interpellation de la Chambre des Députés du 20 septembre 2017 (**pièce C422**)

⁹⁸ **Pièce C422**

⁹⁹ **Pièce C39**, SR, §244 *in fine*

¹⁰⁰ Voir dans les **pièces C475** et **C476** les Observations des Demanderesses à ces deux Rapports

¹⁰¹ Voir les Rapports de M. Enrique Barros (§§3, 10, 20, 22, 23, 25-28, 31, 33, 43, 47, 48, 55-59) et Christian Maturana (pages 7-8), et leur réfutation détaillée dans les **pièces C475** et **C476**, respectivement

¹⁰² Le Décret n° 165 a été édicté enfreignant des principes impératifs du droit chilien et international général du fait qu'il a été édicté en application du Décret-Loi n° 77, de 1973, du 8 octobre 1973 (pièce C28), dont la matière constitue l'un des plus importants instruments de la répression dans le contexte de crimes contre l'humanité mise en œuvre, de manière systématique et généralisée, par la Junte Militaire entre le 11 septembre 1973 et le 11 mars 1990¹⁰², à l'encontre de toute personne ou entité dont le trait commun était leur conviction favorable à la forme représentative et démocratique de gouvernement. M. Pey et son investissement dans le Groupe de presse CLARIN ont été l'une des victimes de cette politique. Cette question est développée dans la Réfutation du Rapport de M. Barros, **pièce C475**, §§ 5-15

de l'Homme. C'est ainsi que par exemple, dans l'arrêt 23.583-2014 du 20 mai 2015, la Cour Suprême a considéré :

'(...) l'action civile introduite à l'encontre du Fisc a pour objet d'obtenir la réparation intégrale des préjudices occasionnés par les agissements d'un agent de l'État, ainsi qu'il découle des traités internationaux ratifiés par le Chili et de l'interprétation des normes de droit interne, conformément à la Constitution Politique de la République. En effet, ce droit des victimes et de leurs familles trouve son fondement dans les principes généraux du Droit International relatifs aux Droits de l'Homme, et la consécration normative dans les traités internationaux ratifiés par le Chili, lesquels obligent l'État à reconnaître et à protéger ce droit à réparation intégrale, en vertu de ce que dispose le second alinéa de l'article 5^{ème}¹⁰³ et l'article 6^{ème}¹⁰⁴ de la Constitution Politique.

Que l'indemnisation du dommage produit par le délit, de même que l'action pour la rendre effective, se révèlent être de la plus haute importance au moment d'administrer la justice, impliquant l'intérêt public et des aspects de justice matérielle. Dans le cas analysé, étant donné le contexte dans lequel l'acte illicite s'est produit, avec l'intervention des agents de l'État durant une période d'extrême anomalie institutionnelle au cours de laquelle ils représentaient le gouvernement de l'époque, et où -du moins dans le cas du présent dossier- ce pouvoir et cette [capacité de représentation] ont fait clairement l'objet d'abus, produisant des griefs d'une gravité telle que ce qui est examiné ici, **l'État du Chili ne saurait éluder sa responsabilité légale de réparer ladite dette de iure [...]** »¹⁰⁵

On remarquera que dans cette déclaration à la CIDH l'État du Chili reconnaît que le délit international est l'identification du préjudice primaire, que la responsabilité de l'État est objective et entraîne l'obligation de réparation, que c'est l'élucidation totale de ses effets qui identifie le dommage à réparer.

Cette déclaration de l'État Défendeur est pleinement coïncidente avec la doctrine appliquée par les juridictions internes du Chili à l'indemnisation des confiscations de biens édictées en application du Décret-Loi 73 de 1973, entre bien d'autres dans l'arrêt

¹⁰³ Article 5 de la Constitution, 2^{ème} alinéa: « *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* » ; « *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 encuentran vigentes* »

¹⁰⁴ Article 6 de la Constitution: « *Les organes de l'État doivent soumettre leur action à la Constitution et aux règles dictées conformément à celle-ci. Les préceptes de cette Constitution obligent aussi bien les titulaires ou les membres de ces organes que toute personne, institution ou groupe. La violation de cette règle générera les responsabilités et les sanctions que la Loi détermine* » ; « *Los órganos del Estado deben someter su acción a la Constitución y a las normas dictadas conforme a ella. Los preceptos de esta Constitución obligan tanto a los titulares o integrantes de dichos órganos como a toda persona, institución o grupo. La infracción de esta norma generará las responsabilidades y sanciones que determine la ley.* »

¹⁰⁵ **Pièce C643f**, CIADH -Affaire *Ordenes Guerra et al c. Chili*, Sentence du 29 novembre 2018, §85. Cette Sentence déclare que « *l'État du Chili est responsable de la violation du droit d'accès à la justice, au sens des droits aux garanties judiciaires et à la protection judiciaire, reconnus aux articles 8,1 et 25,1 de la Convention américaine, en rapporta avec ses articles 1,1 et 2.* »

du 12 mars 1998 relatif au dédommagement des actionnaires de la « Société Périodique Chili Ltée », editrice du « Quotidien Color » :

*« [il] est recevable l'indemnisation des préjudices à laquelle prétendent les demandeurs (...), car il est évident que celui qui est affecté ou victime de l'acte administratif [déclaré] nul a droit à réparation de la part de l'organisme responsable, en l'occurrence le Fisc - conformément à ce qui se déduit de l'article 38 section 2° de la constitution de 1980, responsabilité qui naît de l'infraction aux dispositions constitutionnelles et qui les a affectés en leur qualité de personnes physiques. **Il s'agit techniquement d'une responsabilité objective.** »¹⁰⁶*

Il en découle, aux effets de la présente affaire arbitrale, qu'il n'appartient pas à l'auteur de l'infraction au Traité international de circonscrire à sa convenance ce qu'il décide devoir constituer le préjudice qu'il entend indemniser : l'effet du déni de justice à l'encontre de M. Pey et de la Fondation a été de confirmer le cadre juridique et factuel où le Tribunal arbitral initial a dû trancher (« à la connaissance du Tribunal arbitral , 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 »¹⁰⁷), et NON la « recherche du temps perdu » (plus de sept années pour communiquer le Jugement de 1^{ère} Instance de la procédure initiée par M. Pey le 4 octobre 1995) à quoi l'État du Chili entend réduire cet effet de façon hautement absurde.

- xiii. La prétention de l'État caractérisant la présente affaire comme " (...) *keeping a case alive simply for the sake of drawing attention to a difficult episode in Chile's history and the human rights implications thereof*"¹⁰⁸, constitue une perversion majeure du cas *sub lite* comme du droit positif chilien d'application directe et impérative¹⁰⁹ (on vient de le voir), de la jurisprudence de la Cour Suprême du Chili¹¹⁰ et de la Cour Inter-Américaine des Droits de l'Homme¹¹¹, de la moralité juridique de la communauté

¹⁰⁶ **Pièce C70**, Considérant 22° de l'Arrêt du 12 mars 1998 du 1^{er} Tribunal civil de Concepción, confirmé par l'Arrêt de la Cour Suprême du 21 juin 2000 (**pièce C75**), Consid. 12^{ème} : « *c'est un fait accrédité dans l'arrêt que les demandeurs étaient les propriétaires des biens dont ils ont été privés de la pleine propriété en vertu des décrets attaqués dans le dossier judiciaire, de telle façon que si lesdits actes administratifs sont nuls, le fait qu'ils soient, à toute fin pertinente, privés d'effet n'a pu que provoquer que soient maintenus dans le patrimoine des demandeurs les droits réels dont il était illégalement prétendu les priver, de telle sorte que si leur restitution en nature n'est pas possible, ils soient remplacés par leurs valeurs respectives, comme il a été stipulé à l'alinéa IV du dispositif de la décision de première instance* » ; v. le §118 et ss. du **Mémoire** des Demanderessees du 6 janvier 2018

¹⁰⁷ **Pièce C14**, SI, §§438-447, 466, 601-604

¹⁰⁸ *Reply*, §103

¹⁰⁹ Voir l'article 5 de la Constitution du Chili, nbp 103 *supra*

¹¹⁰ Voir le §194 (d) *infra*, et la pièce **C442**, Arrêt de la Cour Suprême du 25 mai 2009, Consids. 9^{ème}, 3^{ème}, 5^{ème}, dont l'original en espagnol figure dans la **pièce C442e**

¹¹¹ **Pièce C643f**, CIADH -Affaire *Ordenes Guerra et al c. Chili*, Sentence du 29 novembre 2018, §§15, 78-102

internationale contemporaine, où réparer des violations des droits de l'homme qui ont eu lieu il y a des décennies et réaliser la justice historique en restituant la propriété ou versant une compensation est devenu un principe général du droit des nations civilisées. Nous citerons à cet effet quelques exemples parmi de nombreux autres:

-en 2005 les victimes de l'holocauste ont finalement obtenu un règlement pour le mauvais traitement du programme de restitution relatif à ce qu'on appelle le «*Hungarian gold train*». Le mauvais traitement avait été commis par les Etats-Unis en leur qualité de puissance occupante à la fin de la IIème Guerre Mondiale. Le règlement, fondé sur des litiges devant des tribunaux de Floride, est intervenu quarante années après¹¹² ;

-dans l'affaire *Siderman*, M. Siderman a subi des tortures et la privation de biens par des agents de l'État argentin sous la dictature militaire. Après 20 ans de harcèlement et de batailles juridiques, l'Argentine est finalement parvenue à un accord avec lui pour un montant de six millions de US\$ environ¹¹³ ;

- dans l'affaire *Altmann*, portée à l'écran dans le film *Woman in Gold*, Maria Altmann a demandé la restitution des œuvres d'art saisies à sa famille par des agents de l'État allemand sous le IIIème Reich. Après près de deux décennies de litiges devant des tribunaux et commissions arbitrales en Autriche et aux États-Unis¹¹⁴, l'Autriche a restitué les œuvres d'art en question.

La position de la communauté internationale selon laquelle la réparation des graves violations des droits de l'homme est l'un des remèdes essentiels à ces violations, que ces remèdes doivent être procurés aux victimes et qu'ils ne sont pas soumis à prescription, est codifié dans la Résolution de l'Assemblée Générale des NN.UU. 16 décembre 2005 « *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* »¹¹⁵ Cet instrument indique clairement que la poursuite de la réparation des droits de l'homme et de la justice

¹¹² Voir les documents relatifs à cet affaire dans <http://www.hungariangoldtrain.org/docs.php>

¹¹³ Pièce C662, *Siderman de Blake v. Republic of Argentina*, U.S. Court of Appeals, Ninth Circuit (965 F.2d 699 (9th Cir. 1992)), May 22, 1992

¹¹⁴ Pièce C661, US Supreme Court, *Austria v Altmann*, 7 June 2004

¹¹⁵ Pièce C660, Résolution 60/147 du 16 Décembre 2005

historique pendant le passage du temps n'est pas un objectif pervers, contrairement à ce que prétend le Chili.

- xiv. Les conséquences d'une éventuelle défaillance du présent Tribunal arbitral à exercer sa pleine compétence peuvent être dramatiques, et consommer de manière irréparable un déni de justice continu.

8. Les sentences arbitrales et les Décisions des Comités *ad hoc* du CIRDI ont l'autorité de la chose jugée

61. Dans le système CIRDI est généralement acceptée la doctrine du second tribunal arbitral des affaires *Amco v. Indonesia et Vivendi c. Argentine* relative à la *res iudicata* d'une sentence qui aurait été confirmée par le Comité *ad hoc* respectif dans le cadre de l'article 52 de la Convention du CIRDI.

Il pourrait être pertinent de rappeler les conclusions du Tribunal AMCO, à savoir :

- i. *Matters raised before the Ad Hoc Committee but not expressly annulled by it, or expressly confirmed by it, constitute res iudicata*¹¹⁶.
- ii. *Matters adverse to either party on the merits which have not been put before the Ad Hoc Committee for annulment remain res iudicata*⁷⁵⁴ (...)
- iii. [Matters] *never having been before the Ad Hoc Committee, they remain binding as res iudicata of the first Tribunal. However, (...) not every incidental statement or procedural ruling made by the first Tribunal is to be treated as a "finding" to which this principle applies.*¹¹⁷

62. Dans le cas présent, l'autorité de *res iudicata* de la SI a été expressément décidée par le 1^{er} Comité *ad hoc*¹¹⁸, et le 2nd Comité *ad hoc* a décidé à l'égard de la SR que

«La sentence préserve son caractère 'obligatoire à l'égard des parties' et son effet de res iudicata reste intact à moins que et jusqu'à ce que la sentence soit annulée. (...)

*À l'exception des décisions sur les frais, aucune des décisions (...) [du Dispositif] ne confère à la Défenderesse de droits dont elle pourrait demander l'exécution.»*¹¹⁹

¹¹⁶ **Pièce C495**, *Amco Asia Corporation v. Republic of Indonesia*, decision on Jurisdiction, 10 May 1988, §47

¹¹⁷ **Ibid.**, §§54, 73

¹¹⁸ **Pièce C15**, Décision du 1^{er} Comité *ad hoc* du 18 décembre 2012, §359 : « Par ces motifs, le Comité rend les décisions suivantes : (...) (4) estime 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. »

¹¹⁹ **Pièce C461**, Décision du 2nd Comité *ad hoc* du 15 mars 2018, §§58, 60-62

63. D'une manière générale, les prétentions de la *Reply* ne tiennent pas compte du fait que les motifs qui ne dépassent pas la portée du Dispositif des Sentences ont une force obligatoire entre les parties intéressées, comme l'avait tacitement et *a contrario sensu* affirmé la Cour Permanente de Justice Internationale dans l'affaire de la Ville libre de Dantzig :

« 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 ». ¹²⁰

L'autorité de la chose jugée s'étend aux propositions contenues dans les considérants qui sont les antécédents logiques nécessaires, la *ratio decidendi* du Dispositif, et qui ont la même force obligatoire que le Dispositif :

« la Cour a, par ledit arrêt, dit et jugé que l'attitude du Gouvernement polonais vis-à-vis de l'Oberschlesische n'était pas conforme aux dispositions de la Convention de Genève. **Cette conclusion, qui est maintenant, sans conteste, passée en force de chose jugée, reposait, entre autres, d'une part, sur la constatation qu'au point de vue du droit international, le Gouvernement allemand avait bien le droit d'aliéner l'usine de Chorzow, et, d'autre part, sur la constatation qu'au point de vue du droit civil, l'oberschlesische avait valablement acquis le droit de propriété sur l'usine - constatations qui constituent une condition absolue de la décision de la Cour. La constatation suivant laquelle, au point de vue du droit civil, l'usine appartenait à l'Oberschlesische fait, par conséquent, partie des points que l'Arrêt no 7 a tranchés avec force obligatoire aux termes de l'article 59 du Statut. Le contexte dans lequel se trouve le passage dont il s'agit sert précisément à établir le droit de propriété de l'oberschlesische au point de vue du droit civil. »** ¹²¹

La Cour Internationale de Justice s'est ralliée à la position de la C.P.I.J., entre autres dans les affaires du *Droit d'asile* ¹²², du *Plateau Continental entre la Tunisie et la Libye* ¹²³, de la *Demande en interprétation de l'Arrêt du 11 juin 1998 en l'affaire de la frontière terrestre et maritime entre le Cameroun et le Nigéria (Cameroun c. Nigéria)* ¹²⁴, de la *Souveraineté sur Pulau Ligitan et Pulau Sipidan (Indonésie c. Malaisie)* ¹²⁵, ou de *l'Application de la convention*

¹²⁰ C.P.I.J., *Série B, n° 11*, Service postal polonais à Dantzig, Avis consultatif du 16 mai 1925, pp. 29-30, accessible dans <https://bit.ly/2wv1VmA>

¹²¹ **Pièce C104**, *Interprétation des arrêts Nos 7 et 8 (Usine de Chorzów)*, C.P.J.I., Série A, N° 13, Arrêt du 16 décembre 1927, pp. 20 et 21, soulignement ajouté; dans le même sens, *Affaire de la délimitation du plateau continental entre le Royaume-Uni de la Grande-Bretagne et de l'Irlande du Nord et la République française*, Décision du 14 mars 1978, *R.I.A.A.*, vol. XVIII, p, 366, accessible dans http://untreaty.un.org/cod/riaa/cases/vol_XVIII/3-413.pdf

¹²² C.I.J. : *Demande sur l'interprétation de l'Arrêt du 20 novembre 1950 en l'affaire du droit d'asile (Colombie/Pérou)*, Arrêt du 27 novembre 1950, p. 403, accessible dans <https://bit.ly/2DWWIPf>

¹²³ C.I.J., *Plateau Continental entre la Tunisie et la Libye*, Arrêt du 14 avril 1981, p. 29, , Réc. 1981, accessible dans <https://bit.ly/2G8jQr0>

¹²⁴ C.I.J., *Nigéria c. Cameroun*, Exceptions préliminaires, Arrêt du 25 mars 1999, *Recueil 1999*, p. 35, par. 10, accessible dans <http://www.icj-cij.org/docket/files/101/7630.pdf>

¹²⁵ C.I.J., *Souveraineté sur Pulau Ligitan et Pulau Sipidan (Indonésie c. Malaisie)*, Requête à fin d'intervention, Arrêt du 23 octobre 2001, *Recueil 2001*, p. 596, par. 47, accessible sur <https://bit.ly/2QvLy5k> ; voir aussi la **pièce C603**, Rosenne (S.): *The Law and Practice of the International Court*, vol. III, Martinus Nijhoff Publishers, 2006, page 1603

pour la prévention et la répression du crime de génocide (Bosnie-Herzégovine c. Serbie-et-Monténégro) :

*« 126. For this purpose, in respect of a particular judgment it may be necessary to distinguish between, first, the issues which have been decided the force of res judicata, or **which are necessarily entailed in the decision of those issues**; secondly any peripheral or subsidiary matters, or obiter dicta; and finally matters which have not been ruled upon at all. (...) If a matter has not in fact been determined, expressly or by necessary implication, then no force of res judicata attaches to it; and a general finding may have to be read in context in order to ascertain whether a particular matter is or is not contained in it»¹²⁶.*

64. Le Tribunal arbitral dans l'affaire de l'*Interprétation de la Décision du 30 juin 1977 délimitant le Plateau continental entre le Royaume-Uni et la République française* a affirmé, en invoquant l'Arrêt de la C.I.J. du 16 décembre 1920 dans l'affaire de l'*Usine de Chorzow*, que

« si certaines constatations figurant dans les motifs constituent une condition essentielle de la décision contenue dans le dispositif, ces constatations doivent être considérées comme faisant partie des points tranchés avec force obligatoire dans la décision.»¹²⁷

En matière d'arbitrage les Recommandations de l'Association de Droit International (A.D.I) sur l'autorité de la chose jugée, approuvées en 2006, déclarent que:

« Les effets positif et négatif de l'autorité de la chose jugée attachée à une sentence arbitrale, dans une procédure arbitrale ultérieure, s'étendent : (1) aux mesures et décisions contenues à son dispositif ainsi qu'à tous les motifs nécessaires à ces mesures et décisions ; (2) 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 ou fondamentales pour aboutir au dispositif de la sentence ».¹²⁸

Le raisonnement de la *Reply* est incompatible avec ces principes ; en particulier elle détache systématiquement les points du Dispositif de leurs motifs, de même qu'elle replaide de manière ouverte ou déguisée des propositions rejetées dans la SI et la Décision du 1^{er} Comité *ad hoc*.

¹²⁶ **Pièce C52**, C.I.J., *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, *Recueil 2007* (I), p. 95, par. 126, accessible dans <http://www.icj-cij.org/docket/files/91/13684.pdf>, soulignement ajouté.

¹²⁷ C.I.J. : *Interprétation de la Décision du 30 juin 1977 délimitant le Plateau continental entre le Royaume-Uni et la République française*, Décision du 14 mars 1978, pages 365-366, point 28, *Recueil des Sentences Arbitrales*, vol. XVIII, accessible dans http://untreaty.un.org/cod/riaa/cases/vol_XVIII/3-413.pdf

¹²⁸ **Pièce C215**, "*Recommandations sur la litispendance et l'autorité de la chose jugée en arbitrage*", *Recommandations nos. 4, 4(1) et 4(2)*, *Revue de l'arbitrage*, 2006, page 1121

9. Les questions que dans le cadre de sa compétence la Sentence arbitrale de réexamen du CIRDI a tranchées sur le fond ont l'autorité de la chose jugée¹²⁹

65. La *Reply* fait une confusion, un amalgame¹³⁰, entre trois concepts juridiques différents, à savoir : 1) le « **préjudice** » causé par 2) la **violation de l'API**, la discrimination que constitue la Décision 43 du 28 avril 2000 et le déni de justice qui lui est lié en 2002 -que la SI et le 1^{er} Comité déclarent prouvés avec l'autorité de la chose jugée- et 3) l'**évaluation** pécuniaire du « préjudice » - c'est-à-dire le montant assurant la réparation pleine et entière des effets dommageables- que le §216 de la SR place hors sa compétence dès lors que ces questions ont surgies entre les parties après « *la date critique* » du 3 novembre 1997.

66. Contrairement à ce qu'affirme la *Reply* (§50), on pourrait considérer (sous réserve de ce qui est indiqué aux §§63 (*in fine*) et 64 du **Mémoire**), que le raisonnement de la SR n'a pas exclu la nature pécuniaire du droit à compensation que statue le point 3 du Dispositif de la SI, et que les points 2-3 du Dispositif de la SR n'ont pas tranché dans le sens que la SR aurait utilisé le terme « compensation » en tant que terme technique, spécifique et limitatif, de « satisfaction ». ¹³¹

67. En effet, l'antécédant du point 3 du Dispositif de la SR figure dans le §256(2) et le fondement de ce dernier dans le §201 et ss. Celui-ci affirme explicitement que la compensation « *peut prendre la forme de dommages-intérêts* » pourvu que la partie qui les demande prouve « *le préjudice ainsi que le lien de causalité* », le Tribunal pouvant

*« octroyer une réparation sous la forme d'une **compensation financière**, dans la mesure où il a été dûment démontré devant lui que la compensation représente une évaluation équitable du dommage prétendument subi par les Demanderesses qui a été effectivement causé par la violation par la Défenderesse de son obligation internationale à leur égard en vertu du TBI .»*¹³² [Caractères appuyés ajoutés]

¹²⁹ Sous réserve de la décision qui pourrait adopter le 2nd Comité *ad hoc* dans la procédure en annulation de la SR actuellement en cours au CIRDI

¹³⁰ V. le §47 de la *Reply*

¹³¹ V. le §216 de la *Reply* : « *une partie de l'argument qui lui est présenté par les Demanderesses dans la présente procédure de nouvel examen consiste à soutenir 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. 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) ; mais aussi, tout simplement, que l'ensemble de cet argument n'entre clairement pas dans le champ de compétence de ce Tribunal...* » [caractères appuyés ajoutés].

¹³² Pièce C39, SR, §206

La SR ayant fixé sa compétence *ratione temporis*, s'agissant des controverses entre les parties, au 3 novembre 1997 (§216), et la SR ayant attribué aux Demanderesses d'avoir soutenu que *ce qui a constitué en fait si non dans la forme la confiscation* [régie par l'art. 5 de l'API] *était la décision 43 du 28 avril 2000*, il paraît logique que le point 3 du Dispositif de la SR trouve son sens et sa portée à l'égard de l'article 4 de l'API dans le cadre factuel et légal d'une compétence dont la SR a expressément exclu les questions surgies entre les parties après le 3 novembre 1997 et *a fortiori* les questions découlant d'une conduite postérieure à la SI (§216).

Bref, les investisseurs réitèrent ce qu'ils ont indiqué dans leur Mémoire¹³³ : ils n'envisagent sous aucune forme une double compensation financière. À telle enseigne que dans la procédure en annulation de la SR actuellement en cours devant le 2nd Comité *ad hoc* les investisseurs ne demandent pas d'annuler la position selon laquelle le Chili a le devoir d'apporter une « satisfaction », i.e. une réparation autre que la compensation pécuniaire, mais visent le fait que le TR a manqué à son devoir d'exercer sa compétence et d'accorder des dommages quantifiables financièrement. Ainsi, l'obligation du Chili d'apporter une « satisfaction » - c'est-à-dire des actions autres que de payer des dommages pécuniaires – a l'autorité de la chose jugée et définitive et cependant le Chili n'a apporté aucune « satisfaction ».

68. Le 2nd Comité *ad hoc* pour sa part a également indiqué que

*« le dispositif de la Sentence après Nouvel Examen (...) a rejeté une demande de compensation financière **faute de preuve**. »* [Soulignement ajouté]

Or les fondements de fait et de droit des preuves soumises devant le présent Tribunal arbitral sont distincts et postérieurs à « la date critique à laquelle la SR » a établi sa compétence -le 3 novembre 1997- et à la date à laquelle, selon le §198 de la SR, les Demanderesses auraient soumis que la confiscation effective était intervenue, à savoir lors de la Décision 43 du **28 avril 2000**. Ce qui rend impossible, voire inopérante, toute élaboration à cette fin de la part du TR.

10. La référence à l'article 26 de la Convention CIRDI dans la Reply n'a pas de fondement

¹³³ Voir le **Mémoire** sur la compétence et le fond, page 9 : « *The claimants have always been sensitive throughout the ICSID arbitration to avoid the risk of double recovery (Memorial, para. 225(b)).* »

69. La *Reply* n'a pas démenti le fait qu'aucune disposition de l'article 26 de ladite Convention n'établit un effet de prorogation du consentement à l'application de cet article alors même que l'expression « *sauf stipulation contraire* » offre spécifiquement aux parties l'option de s'en écarter.

70. La *Reply* n'a produit aucun fondement sur la base duquel dans la présente procédure régie par le Règlement CNUDCI serait applicable l'article 26 de la Convention du CIRDI dès lors que les investisseurs, dans les circonstances spécifiques et uniques à la présente affaire, ont choisi la compétence de la CNUDCI que leur offre le consentement de l'État du Chili à l'article 10(3) de l'API Espagne-Chili. Comme l'affirme Wehland :

an interpretation of the relevant treaty provisions in accordance with the principles embodied in Articles 31 and 32 VCLT suggests that dispute resolution clauses in IIAs are not meant to deprive other forums of their jurisdiction with regard to treaty claims.

Thus the ordinary meaning of these provisions can hardly be seen as implying an exclusive reading. In particular, the relevant clauses do not contain any restrictive wording to the effect that an investor could bring disputes 'only' under one of the listed mechanisms. At the same time, once the context and purpose of these provisions are taken into account, there are arguably several reasons that speak against interpreting dispute resolution provisions in IIAs as containing exclusive mechanisms.

First, (...) many of the relevant provisions are broadly worded and must be interpreted as extending beyond claims that arise under the treaty itself. (...) Second, looking at the purpose of IIAs, these treaties aim to provide investors with certain guarantees both in terms of substantive protection and with regard to the available forums for the resolution of investor-state disputes. (...). Third, the fact that IIAs sometimes contain additional procedural restrictions equally, on closer inspection, does not support the assumption of exclusive treaty mechanisms.¹³⁴

71. Contrairement à ce qu'affirme la *Reply* aux §§ 3, 7, 26-28, les Demanderesses invoquent dans leur demande l'autorité de la chose jugée de la SI et de la SR, telles que confirmées par le 1^{er} et 2nd Comité *ad hoc*, et nullement l'« interprétation » d'une décision du CIRDI.

72. Après que le présent Tribunal arbitral ait pris la Décision du 26 juin 2018 sur la demande de bifurcation sollicitée par la Défenderesse, celle-ci a essayé une seconde fois devant le 2nd

¹³⁴ Pièce C591, Wehland (H), *Determining the jurisdiction of competing forums in the context of Investment disputes*, Oxford International Arbitration Series, 01 June 2013, §§3.47-3.52

Comité *ad hoc*, le 20 juillet suivant, de connecter indûment la procédure CIRDI avec la présente procédure.¹³⁵

73. Ce deuxième appel au 2nd Comité *ad hoc* était essentiellement fondé sur l'identité des évaluations du *quantum* des préjudices dans l'expertise d'Accuracy soumise en 2014 devant le TR et le 6 janvier 2018 devant le présent Tribunal arbitral. Or le Rapport Accuracy a été établi sur des prémisses de fait et de droit que le TR a considéré hors de sa compétence (v. *supra*, §35, et *infra*, §§83-85).

74. Le 2nd Comité *ad hoc* du CIRDI a rejeté le 9 août 2018¹³⁶ ces demandes de connexion formulées par l'État du Chili le 20 juillet 2018. Imperturbable, la *Reply* a passé sous silence ce deuxième refus et le 11 décembre 2018 le Chili a réitéré devant la présent Tribunal la même prétention que l'organe du CIRDI avait rejetée le 20 juillet 2018.¹³⁷

75. En effet, le 11 décembre 2018 l'État Défendeur a tenté à nouveau la connexion en demandant l'autorisation de joindre la Réplique des Demanderesses du 9 novembre 2018 au *Counter-Memorial* du Chili dans la procédure en annulation de la SR fondée sur quatre des cinq motifs établis à l'article 52 de la Convention du CIRDI¹³⁸, des questions manifestement hors la compétence du présent Tribunal régi par le Règlement de la CNUDCI.

¹³⁵ **Pièce C587**, *Chile's Counter-Memorial on Annulment*, 20 juillet 2018, pages 236-249, affaire CIRDI N° ARB/98/2, *V. Pey Casado et FPA c. la République du Chili*, §445 : «*In sum, Claimants have initiated a parallel arbitration under the BIT seeking the same relief that they repeatedly have sought in this ICSID Arbitration. Further, to ensure that the UNCITRAL Tribunal exercises jurisdiction over their redundant claims, Claimants rely on the same aspects of the Resubmission Award that they so vehemently attack in the present proceeding. (...) The Committee should (...) revise the existing stay of enforcement to include the condition that Claimants request the suspension of the UNCITRAL Proceeding. This is necessary to protect the integrity of the present proceedings and of this Committee's eventual annulment decision, which appears likely to be significantly undercut if the UNCITRAL Proceeding were to proceed to conclusion on the merits (an outcome that remains plausible.* » [Soulignement ajouté]

¹³⁶ Voir également le § 25 de la Réponse des Demanderesses aux exceptions bifurquées sur la compétence du 17 septembre 2018

¹³⁷ Voir la lettre adressée par l'État du Chili le 11 décembre 2018 au Tribunal arbitral, page 2 : « (1) Claimants' arguments therein [devant le Comité *ad hoc* du CIRDI] that are identical to the ones that they are advancing in the present proceeding; (2) Claimants' admissions therein regarding the nature of the claims that they previously advanced at ICSID; (3) Claimants' arguments therein that certain issues should be heard at ICSID; and (4) Claimants' requests therein for the annulment of multiple parts of the Resubmission Award that they are now affirmatively using in support of their arguments in the present UNCITRAL rules proceeding »

¹³⁸ L'article 52 de la Convention du CIRDI dispose : « (1) Chacune des parties peut demander, par écrit, au Secrétaire général l'annulation de la sentence pour l'un quelconque des motifs suivants : (a) vice dans la constitution du Tribunal ; (b) excès de pouvoir manifeste du Tribunal ; (c) corruption d'un membre du Tribunal ; (d) inobservation grave d'une règle fondamentale de procédure; (e) défaut de motifs. »

76. La *Reply* réitère son objection à la compétence du présent Tribunal arbitral faisant mention de l'article 26 de la Convention du CIRDI¹³⁹, sans avoir pu contredire le bien-fondé des allégations des Demanderesses en sens opposée dans le **Mémoire**¹⁴⁰ et, en particulier, que l'objet et la *causa petendi* des demandes soumises devant le présent Tribunal arbitral sont distinctes et sont nées à des dates postérieures de celles tranchées sur le fond par le TI et/ou le TR du CIRDI. Or, comme l'affirment les tribunaux arbitraux et la doctrine :

In addition to limitations resulting from the scope of a forum selection option, the jurisdiction of the forum selected by an investor will normally also be restricted to the specific facts underlying the dispute.¹⁷³¹⁴¹ As a result of the formulation of the relevant clauses, an investor's selection of an available mechanism will typically be limited to 'the dispute', without preventing him from exercising a different forum choice in the event of a future disagreement.¹⁷⁴¹⁴² At the same time, the need to exercise a forum choice with regard to 'the dispute' also raises the question of the minimum scope of consent that an investor must give to validly accept a forum selection option.¹⁷⁵¹⁴³

77. La *Reply* a continué à ignorer les *travaux préparatoires* de l'article 26 de la Convention du CIRDI (cités dans le **Mémoire**¹⁴⁴ et la **Réponse**¹⁴⁵) dont l'objet et la finalité portent sur les « *remèdes locaux* » et affirment clairement que celle-ci est une règle d'interprétation, non impérative, subordonnée à toute « *stipulation contraire* ». Comme affirme M. Aron Broches

« Mr. BROCHES (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

¹³⁹ V. la *Reply*, §§3, 23, 26, 27

¹⁴⁰ V. la **Réponse**, §§33, 35, 36, 67, 111-127, 133 (ii), 151(iv), 191

¹⁴¹ [173. See Art. 8(3) of the 2006 UK Model BIT: 'if the national or company affected also consents in writing to submit the dispute...either party may institute proceedings'. Similar formulations are contained in Art. 26(2) ECT; Art. 8(2) of the 2006 France Model BIT; Art. 10(2) of the 2008 Germany Model BIT. By contrast, Art. 1120(1) NAFTA and Art. 24(3) of the 2012 US Model BIT speak of the submission of the 'claim' to one of the specified forums. Other treaties, such as the 1997 Netherlands Model BIT, do not explicitly address the consent granted by an investor.]

¹⁴² [174. See Van Harten, noting that an investor's consent to treaty arbitration is always 'specific' and 'retrospective', G. Van Harten, 56(2) I.C.L.Q. (2007), 380 [**pièce C589**]. A similar assertion seems to be implicit in the assumption that a waiver of the possibility to initiate future proceedings through the initiation of a first set of proceedings can only relate to the specific dispute, see Pope and Talbot v. Canada (UNCITRAL), Decision on Preliminary Motion by Canada of 24 February 2000, para. 16; Ben Hamida, *L'arbitrage transnational unilatéral*, 384. See also H.E. Veenstra-Kjos, in *Les aspects nouveaux du droit des investissements*, 610. Some of the relevant mechanisms appear to leave open the possibility of an investor extending his consent to all future disputes with the host state—however, given that an investor will typically have no interest in granting his consent beyond the dispute at issue, this possibility would seem to be of little practical relevance]

¹⁴³ [175. It seems clear that an investor cannot limit the host state's offer beyond a certain minimum scope, see also Z. Douglas, *The International Law of Investment Claims* (2009), 258; Ben Hamida, *L'arbitrage transnational unilatéral*, 177]

¹⁴⁴ V. **Mémoire**, §§283-289

¹⁴⁵ V. **Réponse**, §§115

*waived, It, e.g., clarified that where a State included a unilateral provision in the legislation for encouraging investment agreements would be subject to international arbitration, such a provision would be taken to exclude local remedies unless a contrary intention was expressed.”*¹⁴⁶

78. La *Reply* n’a pas tenu compte non plus de la doctrine à ce sujet des tribunaux arbitraux du CIRDI¹⁴⁷, y compris s’agissant de procédures devant des tribunaux internes :

*“As regards Article 26 of the Convention (...) This provision presumes exclusivity of the remedies under the Convention **unless the parties had agreed otherwise**. Article 26 does not provide that what may be agreed otherwise excludes the remedies under Convention. In that case, **the remedies under the Convention are not exclusive but neither are those otherwise agreed**. This understanding of Article 26 is confirmed by the decision on jurisdiction in *Southern Pacific Properties (Middle East) Limited (SPP) v. The Arab Republic of Egypt* (...).”*¹⁴⁸

79. En effet, le Tribunal de l’affaire *SPP v. Egypt* a considéré que :

“Egypt maintains as its first objection that the Claimants’ pursuit of an ICC remedy has in effect rendered their alleged consent to ICSID jurisdiction illusory. This contention is based on the language of Art. 26 of the ICSID Convention, which provides, in pertinent part: (...) From a purely syntactical point of view, Art. 26 does not say that consent to the Centre’s jurisdiction will be vitiated if the consenting party does not exclude all other remedies. Rather, it is the other way around: Art. 26 says that consent to ICSID jurisdiction, unless otherwise stated, shall be deemed to exclude other remedies. Thus, failure to waive other remedies does not impair consent to ICSID jurisdiction. Further, the proviso ‘unless otherwise stated’ may allow a party to consent to ICSID jurisdiction without waiving other remedies.

*“These conclusions are confirmed by the travaux préparatoires. The comments to the draft articles which ultimately became Art. 26 state specifically that a party in consenting to the jurisdiction of the Centre may reserve the right to pursue other remedies. (Documents Concerning the Origin and the Formulation of the Convention, 1968, Vol II, pp. 23, 219-20). Accordingly, the Tribunal finds that Art. 26 does not bar the claim in the present case.”*¹⁴⁹

80. À son tour, la Décision sur des mesures conservatoires dans l’affaire *Lao Holding* que cite la *Reply*¹⁵⁰ répond à des circonstances sans aucun rapport avec le cas d’espèce : 1) la

¹⁴⁶ V. la **pièce C523**, *History of the ICSID Convention*, Vol. II-2, pages 663 (5), 756-757; 758, 792, 793 (« Mr. BROCHES (Chairman) *thought that the parties were entirely free to make any agreement they liked, and that normally it would be a condition to be fulfilled before commencing arbitration proceedings* »); 880

¹⁴⁷ V. dans la **pièce C218**, *Am Pal v. Egypt, Decision on jurisdiction*, ICSID Case No. ARB/12/11, 1er février 2016, §333, accessible dans <http://bit.ly/2txJBZZ>; ; dans la **pièce C219** la Sentence dans *Orascam v. Algeria*, Affaire CIRDI ARB/12/35, du 31 mai 2017, §545, accessible dans <http://bit.ly/2uvW2Tu>; dans la **pièce 153 bis**, *SPP v. Egypt, Decision on Jurisdiction I*, 27 November 1985, §84, *Y.B. Com. Arb.* 28 (1991) (extraits), accessible dans <http://bit.ly/2uavXh5>

¹⁴⁸ **Pièce C646**, *A.G. v. Argentina*, Decision on Jurisdiction, 3 August 2004, §181

¹⁴⁹ **Pièce C647**, *Southern Pacific Properties (Middle East) Limited, Southern Pacific Properties Limited v The Arab Republic of Egypt*, Decision on Jurisdiction, ARB/84/3, 27, November 1985, §§7-9

¹⁵⁰ *Reply*, §45 et pièce **RL-0017**

compétence exclusive établie à l'article 26 y est invoquée envers des actes enfreignant prétendument le Code pénal portés à la connaissance des juridictions internes de l'État Défendeur (§1), alors que dans la présente affaire il s'agit d'actes enfreignant l'API portés à la connaissance d'un tribunal international ; 2) le Tribunal *Lao* a adopté sa décision avant les audiences finales (§36 de la Décision) alors que dans le cas présent les actes de l'État ont été commis à l'encontre de la SI et de la Décision du 1^{er} Comité *ad hoc* qui ont l'autorité de la chose jugée.

81. Les §§26 et 45 de la *Reply* persistent à dénaturer le sens d'un commentaire du prof. Schreuer¹⁵¹ en en omettant les phrases les plus pertinentes en l'espèce, à savoir :

“(...) the drafting history of Art. 26 was dominated almost entirely by the relationship of ICSID arbitration with domestic courts, especially with the exhaustion of local remedies rule (see paras. 188–191 infra). A possible competition of ICSID arbitration with other international judicial proceedings was barely discussed. (...)”

In many bilateral investment treaties (BITs) ICSID clauses are combined with references to other arbitration systems such as arbitration under the auspices of the (...) ad hoc arbitration under the 1976 Arbitration Rules adopted by the United Nations Commission for International Trade Law (UNCITRAL). (...)”

Under these types of clauses no problems of concurrence will arise. (...) The principles of ne bis in idem and res judicata would clearly preclude any attempt by a party to one set of arbitration proceedings to seek another remedy in the same matter”

*The situation is made even more complex by the fact that some treaties offer jurisdiction for any investment dispute [c'est le cas de l'API Espagne-Chili, art. 10(1)] (...). Therefore, it is incorrect to assume that the jurisdiction of treaty-based tribunals is necessarily restricted to violations of the treaty's substantive provisions. The jurisdiction of a tribunal is not determined. At times, national legislation, bilateral investment treaties and agreements between host States and investors contain cumulative references to different types of dispute settlement including ICSID arbitration.”¹⁵²
[Soulignement ajouté].*

82. Conclusion : le TR du CIRDI ayant nié sa compétence sur les actes de l'État du Chili postérieurs au 8 mai 2008¹⁵³ et le consentement à l'arbitrage intervenu en 1997 ayant parvenu à sa fin le 13 septembre 2016, l'article 10(3) de l'API offre aux Demanderesses le choix de soumettre les controverses correspondantes sur le fond dans l'autre des forums compétents y établis.

¹⁵¹ *Reply*, §§ 3, 14, 26, 45

¹⁵² **Pièce RL-003**, Schreuer (Ch.) : The ICSID Convention. A Commentary, Article 26 -Exclusive Remedy, 2009, pages 352, 355, 360, 379

¹⁵³ **Pièce C39**, SR, §216

11. L'expertise financière d'Accuracy est fondée sur des actes de l'État Défendeur survenus après la Sentence arbitrale du 8 mai 2008, hors la compétence du Tribunal initial, du Tribunal de réexamen et distincts

83. Il n'est pas contestable que SR a expressément exclu de sa compétence¹⁵⁴ toute controverse postérieure au 3 novembre 1997 et *a fortiori* au 8 mai 2008 relative à l'invalidité du Décret n° 165¹⁵⁵ et ses conséquences sur la détermination du *quantum* du préjudice ; on peut regretter et combattre devant le 2nd Comité *ad hoc* cette prise de position, mais elle est présente, et demeurera même si la SR était partiellement ou totalement annulée:

« en l'absence de toute preuve suffisante d'un préjudice ou d'un dommage causé aux Demanderesses par la violation du TBI établie dans la Sentence Initiale, la question de l'évaluation ou de la quantification de ce dommage ne se pose pas. Le Tribunal n'a donc pas besoin d'analyser de manière plus détaillée les rapports d'expertise de M. Saura pour les Demanderesses (...) » (§235) ;

« Le Tribunal (...) aurait été disposé à faire droit à l'objection de la Défenderesse à la recevabilité de toutes les parties des arguments des Demanderesses relatifs aux dommages qui étaient fondées directement ou implicitement sur la valeur de confiscation. » (§236)

« le paragraphe 380 de la Réponse des Demanderesses, qui est fondé sur la simple allégation que, du fait que la Défenderesse a été en possession des biens confisqués et qu'elle les a utilisés, elle s'est enrichie 'sans juste cause' au détriment des Demanderesses investisseurs, ce qui donne lieu en soi à une obligation de restituer les biens ainsi que les fruits tirés de leur utilisation. La Défenderesse répond que cette analyse reviendrait à décoréler complètement la demande du TBI, car elle se traduirait par l'octroi d'une compensation sans la constatation préalable d'une violation d'où résulterait le préjudice devant être indemnisé. » (§238)

« De l'avis du Tribunal, la Défenderesse a raison sur ce point. » (§239)

« La Défenderesse soutient que (...) les calculs [d'Accuracy] (...) échouent tous car ils ne sont rien de plus que des approches alternatives pour mesurer la valeur en capital des biens confisqués ainsi que les profits retirés de leur utilisation, ce qui ne serait recevable qu'en présence d'une demande valable fondée sur l'expropriation. Encore une fois, le Tribunal est d'accord avec cette critique. Une demande fondée sur la confiscation d'El Clarín et des actifs s'y rattachant est exclue, avec l'autorité de chose jugée, par la Sentence Initiale et la Décision sur l'annulation. » (§240)

¹⁵⁴ **Ibid.**, SR, §198

¹⁵⁵ V. le §198 *in fine* de la SR, **pièce C39**, dans la version corrigée par la Décision du 6 octobre 2017, **pièce C39 bis**, ou le §236 : « *si la question*

avait été soumise à sa décision, il aurait été disposé à faire droit à l'objection de la Défenderesse à la recevabilité de toutes les parties des arguments des Demanderesses relatifs aux dommages qui étaient fondées directement ou implicitement sur la valeur de confiscation de l'investissement initial »

84. Or les controverses et les remèdes rappelés au §35 *supra*, dont les conséquences de l'invalidité du Décret n° 165 reconnue par l'État devant le TI¹⁵⁶, font partie de la *causa petendi* et de l'objet de toutes les demandes soumises au présent Tribunal arbitral et, en particulier, de la quantification des préjudices pour violation aux articles 3, 4, 5 (expropriation indirecte) et 10(5) de l'API établie dans le Rapport des experts d'Accuracy du 22 décembre 2017.¹⁵⁷ Celui-ci ne constitue pas un « *derivative claim* » de la confiscation par le Décret n° 165 (v. *supra*, §7, 8, 16). Il est fondé sur le préjudice causé aux actionnaires par des actes qui ont enfreint l'API après la Sentence arbitrale du 8 mai 2008 qui ont donné lieu à des controverses que la SR a considéré hors le champ de sa compétence :

« 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 le recours à ce titre pourrait relever de la sphère domestique » (§198). [Caractères appuyés ajoutés]

Ainsi, tout en reconnaissant les conséquences immenses d'une telle situation, la SR a conclu que le recours à ce titre ne relevait pas de la compétence du CIRDI.¹⁵⁸ Les Demanderesses sont évidemment d'accord avec la première partie de cet enchaînement, et, tout en divergeant totalement sur la seconde, elles n'ont d'autre choix qu'en prendre acte et s'adresser à cette fin ailleurs.

85. La SR a également statué que la conclusion relative à l'obligation de l'État qui découle de sa violation de l'article 4 de l'API a l'« *autorité de chose jugée et n'était pas l'objet de la présente procédure de nouvel examen* ». ¹⁵⁹ Or cette obligation est l'une des composantes majeures de l'objet et de la *causa petendi* sur la base desquels a été fondé le Rapport des experts financiers d'Accuracy.

En effet, si l'établissement de cette obligation ne constituait nullement l'objet de la procédure en réexamen, comme l'affirme la SR, il n'en va nullement de même de ses conséquences.

¹⁵⁶ **Pièce C12**, SI, §667, 668, 674, 677 et notes de bas de page 617 et 623

¹⁵⁷ **1^{er} Rapport Accuracy**, §§17, 27, 34, 58, 64

¹⁵⁸ **Pièce C39**, SR, §198, §216 : « *les actions de la Défenderesse [qui] 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 (...) l'ensemble de cet argument n'entre clairement pas dans le champ de compétence de ce Tribunal.* »

[Caractères appuyés ajoutés]

¹⁵⁹ **Pièce C39**, SR §244

12. L'objection de l'État à l'admissibilité des demandes ne met pas en question son consentement, contenu dans l'API, à la compétence du présent Tribunal arbitral

86. Lorsque l'État du Chili affirme qu'il n'existerait pas d'investissement ou de droits des Demanderesses qui constitueraient un investissement¹⁶⁰, ou que « *the BIT's substantive obligations did not apply with respect to Claimants either on 8 May 2008 or at any time thereafter* »¹⁶¹, il ne questionne pas à proprement parler la compétence du Tribunal CNUDCI mais **l'admissibilité** des demandes.

La charge de la preuve de l'inadmissibilité incombe à la Défenderesse. Elle n'a pas été satisfaite

87. D'autre part, une telle objection n'est pas admissible dans le cadre de l'article 21(1) du Règlement de la CNUDCI et de la présente phase de la procédure. On pourrait affirmer, comme le Tribunal arbitral de l'affaire *Chevron v. Ecuador*, que

*The UNCITRAL Rules do not contain any provision equivalent to ICSID Arbitration Rule 41(5). An objection to the admissibility of a claim does not, of course, impugn the jurisdiction of a tribunal over the disputing parties and their dispute; to the contrary, it necessarily assumes the existence of such jurisdiction; and it only objects to the tribunal's exercise of such jurisdiction in deciding the merits of a claim beyond a preliminary objection. Under the UNCITRAL Arbitration Rules, that is an exercise belonging to the merits phase of the arbitration, to be decided by one or more awards on the merits.*¹⁶²

*It follows from the text of Article 21(1) of the UNCITRAL Rules that the Tribunal has the express power to rule on objections that it has "no jurisdiction". This text, however, confers no separate power to rule on objections to "admissibility".*¹⁶³

88. Ou comme dans l'affaire *Methanex v. USA*, lorsque les EE.UU. ont allégué que

« Methanex has failed to identify an 'investment' that could be expropriated; (...) it is contended that Methanex has failed to identify any legal right to the allegedly denied standard of treatment; and this claim is therefore also inadmissible »,

le Tribunal arbitral ayant répondu que

we cannot address it as a challenge based on "admissibility"; it does not qualify as a jurisdictional challenge; and even if it did qualify as a jurisdictional challenge (which in our

¹⁶⁰ Reply, v. le §71: "In their Memorial, Claimants fancifully argued that their 'investments in [Chile's] territory' 188 consisted of the BIT protections themselves", qui dénature l'argument des Demanderesses qu'il prétend réfuter; ou le §73: "the First Award cannot be considered an "investment" within the meaning of the BIT at all — let alone an "investment in [Chile's] territory" [caractères appuyés dans l'original]

¹⁶¹ Reply, §69

¹⁶² Pièce C597, *Chevron v. Ecuador*, PCA Case No. 2009-23, Third Interim Award on Jurisdiction and Admissibility, 27 February 2012, para. 4.91 (objections to admissibility to be dealt with in the merits phase).

¹⁶³ Ibid., §107

*view, it does not), it is so intertwined with factual issues in Methanex's case that we would have been minded to join that challenge to the merits.*¹⁶⁴

89. En l'espèce, les Demanderesses soumettent que l'ensemble des actes de l'État du Chili depuis le 8 mai 2008 ayant causé les controverses soumises au présent arbitrage (v. *supra* §34) constitue une interférence dans leurs droits protégés par l'API en ce compris la propriété sur la totalité des actions de CPP S.A., dont la conséquence a été de les priver des bénéfices qu'ils pouvaient raisonnablement espérer. En d'autres termes, les actes continus, arbitraires et composites de discrimination, *mala fide* et déni de justice de la part de l'État du Chili qui se sont succédés depuis la Sentence arbitrale du 8 mai 2008 ont culminé avec l'expropriation indirecte de tous les bénéfices pouvant découlant de la Sentence arbitrale initiale confirmée par le 1^{er} Comité *ad hoc*, de la propriété de la totalité des actions de CPP S.A., des droits sous la protection des articles 3, 4, 5 et 10(5) de l'API, dont le devoir de l'État du Chili de compenser les préjudices causés par ces actes.

II. EXCEPTION SUR LA COMPÉTENCE N° 2 : « l'API ne s'applique à aucune des demandes formulées »

90. Synopsis résumé de la *Reply* du 19 novembre 2018

Argument de la Défenderesse	§§	<u>Observation liminaire des Demanderesses</u>
Art. 10(3) de l'API, la controverse est la même.	4, 24	La demande CNUDCI soumet <i>ex</i> article 10(1) de l'API - " <i>toute controverse...</i> "- des différends distincts quant à leur cause, objet et/ou parties, nés à des dates différentes de ceux soumis devant le tribunal du CIRDI.
Inexistence d'un investissement. Expropriation de 1975	8, 16, 23	La demande CNUDCI est fondée sur des violations de l'API postérieures à la SI du 8 mai 2008, que la SR a considéré hors sa compétence.
<i>Compensation for the loss of the El Clarín enterprise, expropriated instantaneously in the 1970s, etc</i>	41- 68	La <i>Reply</i> (1) ignore que les demandes premières et principales des Demanderesses figurent aux §§43, 299, 335, 344, 422, 462, 529, 542, 545, 547, 686, dont celle figurant au §717 en est un corollaire (v. <i>supra</i> , §35); (2) ne tient pas compte du fait que le fondement du 1 ^{er} et du 2 nd points du §717 (v. le §717) n'est pas l'acte d'expropriation de 1975 mais « <i>la réparation intégrale du préjudice matériel subi du fait des violations des articles 3(1), 4, 5 et 10(5) de l'API par la République du Chili</i> » <u>depuis le 8 mai 2008</u> ; (3) fait une confusion entre (1) le préjudice -au sens de situation anormale et contraire à l'attente légitime des

¹⁶⁴ **Pièce C648**, *Methanex v. USA*, UNCITRAL (NAFTA), First Partial Award, 7 August 2002, §§87-88

	nbp 92	investisseurs- (2) la cause de celui-ci - la violation de l'API intervenue après le 8 mai 2008- et (3) l'évaluation du dommage causé par la violation -au sens de l'effet dommageable à compenser intégralement (v. la nbp 92)
<i>BIT's substantive obligations did not apply with respect to Claimants either on 8 May 2008 or at any time thereafter.</i> <i>Claimants would need to demonstrate that each of them owned an investment in Chile on the date of each of the BIT violations that Claimants are alleging in this UNCITRAL proceeding</i>	69-76	L'État a reconnu le 21 avril 2001 devant le TI que l'investissement dans CPP S.A. existait, et en avril 2003 l'invalidité de sa confiscation L'existence de l'investissement établie dans la SI confirmée par le 1 ^{er} Comité <i>ad hoc</i> est <i>res iudicata</i> , comme il a été étayé dans la Réponse ¹⁶⁵ et il est rappelé dans les §§ 22-24, 151-153 de la présente Duplique.
Nbp 181 : <i>“ Although the Memorial also contends that Article 10(5) of the BIT has been violated, the normative rule that such Article articulates — viz., that any “arbitral awards shall be final and binding for the parties to the dispute” — cannot itself form the basis of a new BIT merits claim.</i>	70 71 71-76	<u>La controverse</u> à ce sujet est en rapport avec l'investissement au sens de l'art. 10(1) de l'API et, par conséquent, relève de la compétence du Tribunal CNUDCI. <u>L'évaluation</u> du dommage -au sens de l'effet dommageable à compenser- causé par le préjudice -au sens de situation anormale, atteinte à la conduite de l'investissement- qui découle de la violation de l'article 10(5) de l'API concerne le fond de l'affaire. Ce para. dénature le sens de l'argument que le Mémoire des Demanderesses a développé, à savoir que « [D]ès lors que l'API attache des droits spécifiques au fait qu'il y ait eu un investissement, ces droits constituent en eux-mêmes un investissement, dont seul, par définition, un Tribunal compétent peut édicter les modalités de mise en œuvre, ou, au contraire, l'extinction. Ce que le Tribunal arbitral initial a fait, dans le sens de la mise en œuvre. » ¹⁶⁶ La <i>Reply</i> réitère ici ce que la SI ¹⁶⁷ a tranché, et le 1 ^{er} Comité <i>ad hoc</i> a confirmé, en sens contraire à la prétention de l'État du Chili
	80-81	La SR (§216) a exclu de sa compétence <i>ratione temporis</i> les questions surgies entre les parties après le 3 nov. 1997 et a fortiori après le 8 mai 2008. La demande CNUDCI est fondée sur des violations de l'API et des controverses postérieures au 8 mai 2008
	82-83	Ces arguments de la <i>Reply</i> font référence à une initiative processuelle abandonnée sans aucune conséquence légale et sans rapport avec la présente procédure arbitrale.

Preuves

¹⁶⁵ V. la **Réponse**, §250-256

¹⁶⁶ **Mémoire** du 6 janvier 2018, nbp n° 24

¹⁶⁷ **Pièce C14**, SI, §§365-411

Les faits établis dans la Sentence arbitrale initiale avec l'autorité de la chose jugée, dont la reconnaissance par l'État en 2001 et 2003 de l'existence de l'investissement et de l'illégalité de sa confiscation. Le rapport de causalité entre les violations à l'API et le dommage causé par celles-ci établi aux §§667-674 ; 679, 681, 682, 693 de la SI, confirmé par le 1^{er} Comité *ad hoc*.

Les faits que la Décision du 1^{er} Comité *ad hoc* a cités confirmant la SI en ce qui concerne l'existence de l'investissement après l'entrée en vigueur de l'API (§§173-179 ; 148-157, 158) et le rapport de causalité entre les violations à l'API et le dommage subi (§242-245).

Les faits postérieurs au 8 mai 2008 que la Sentence de réexamen déclare hors sa compétence.

Les pièces factuelles C0 et C145.

Développement

1. Les questions soumises devant le Tribunal CNUDCI ne l'ont pas été devant le TI et le TR du CIRDI ou sont hors la compétence de ceux-ci

91. Les procédures arbitrales internationales en matière d'investissements ne sont pas connectées les unes avec les autres par définition. C'est le cas, en l'espèce, de la présente procédure sous les règles de la CNUDCI, initiée le 12 avril 2017¹⁶⁸, et de la procédure arbitrale initiée au CIRDI le 3 novembre 1997 et terminée le 3 septembre 2016.¹⁶⁹

92. Comme on l'a vu *supra* (§72), l'État du Chili a soutenu deux fois la connexion entre la procédure en annulation de la SR et la présente procédure arbitrale internationale par le biais d'une tentative de connexion, en formulant devant le 2nd Comité *ad hoc* du CIRDI une sorte d'*anti-suit injunction* ou de demande de mesures conservatoires informelles.

93. Une première demande sollicitait le 16 février 2018 du 2nd Comité *ad hoc* qu'il « *ordonne une suspension provisoire de la procédure CNUDCI* » et qu'il « *ordonne aux Demanderessees de suspendre provisoirement la procédure CNUDCI* ». ¹⁷⁰ La Décision du 15 mars 2018 a rejeté cette prétention pour le motif suivant en particulier :

« §37. «La Défenderesse soutient que la Demande de Suspension est motivée par des intentions **dilatoires** et qu'elle est **abusive**. (...) Le but **illégitime** derrière la Demande en Annulation et la Demande de Suspension est de convaincre le tribunal CNUDCI d'ignorer cette procédure et le caractère obligatoire de la Sentence après Nouvel Examen et de permettre un autre examen du différend. **Afin d'éviter des procédures parallèles, la Défenderesse demande que le Comité ordonne une suspension provisoire de la procédure CNUDCI** (...) »

¹⁶⁸ Pièce C0

¹⁶⁹ La procédure en annulation de la totalité de la Sentence du 13 septembre 2016 est actuellement en cours devant un Comité *ad hoc* (ci-après « 2nd Comité *ad hoc* ») constitué dans le cadre de l'article 52 de la Convention du CIRDI

¹⁷⁰ Pièce C461, Décision du Comité *ad hoc* du 15 mars 2018, §§37 et 76

«§78. *les Demanderesses soutiennent que la procédure CNUDCI concerne une autre question, que le Tribunal [de réexamen] avait expressément refusé de traiter, comme cela est expliqué au paragraphe 216 de la Sentence après Nouvel Examen. Le Comité juge utile de citer cette partie de la Sentence après Nouvel Examen dans son intégralité:*

‘Le Tribunal relève également à ce stade qu’une partie de l’argument qui lui est présenté par les Demanderesses dans la présente procédure de nouvel examen consiste à soutenir 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. 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); mais aussi, tout simplement, que l’ensemble de cet argument n’entre clairement pas dans le champ de compétence de ce Tribunal, qui (comme cela a déjà été indiqué) est limité, en vertu de l’article 52 de la Convention CIRDI et de l’article 55 du Règlement d’arbitrage du CIRDI, 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 en vertu des dispositions citées ci-dessus, et le Tribunal estime qu’il n’est pas nécessaire d’en dire plus sur cette question dans la présente Sentence. »

« 79. *Le Comité confirme que les effets de l’autorité de la chose jugée et de la litispendance interdisent aux Demanderesses d’exercer ‘tout autre recours’ en rapport avec les demandes soumises à l’arbitrage CIRDI, comme le prévoit expressément l’article 26 de la Convention. Les Demanderesses n’ont par conséquent pas le droit de présenter les mêmes demandes soumises dans cette affaire devant une autre instance nationale ou internationale et cette instance devrait rejeter ces demandes pour incompétence.*

80. *Toutefois, ces principes 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.*

81. *Dans la mesure où la procédure CNUDCI concerne ces nouvelles demandes, 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. (...).* »¹⁷¹ [Soulignement ajouté]

94. En effet, comme l’affirme le prof. Van Harten, le consentement d’un investisseur conformément à un traité de protection des investissements est toujours *spécifique* et *rétrospectif* :

*under an investment treaty an investor must choose whether to resort to arbitration only after the relevant dispute has arisen. The investor's consent is retrospective, i.e. it is specific to disputes arising from the regulatory relationship with a State. Unlike the respondent State, the investor does not commit to the compulsory arbitration of any future dispute with the State, at the instance of the State.*¹⁷²

95. Le 20 juillet 2018 l’État du Chili a essayé de connecter indûment la procédure en annulation de la SR avec la présente procédure CNUDCI formulant en substance, devant le 2nd

¹⁷¹ Pièce C461, §§77-81

¹⁷² Pièce C589, Van Harten (G.), *The Public-Private Distinction In The International Arbitration Of individual Claims Against The State*, 56(2) I.C.L.Q. (2007), 380.

Comité *ad hoc*, les mêmes allégations que l'État a ensuite formulé le 11 décembre 2018 devant le présent Tribunal arbitral, à savoir :

<p><u>Allégation du Chili devant le 2nd Comité <i>ad hoc</i> du CIRDI le 20 juillet 2018</u></p>	<p><u>Allégation du Chili devant le présent Tribunal arbitral CNUDCI le 11 décembre 2018</u></p>
<p>421. (...) <i>Claimants have continued throughout this year to pursue their claims in the parallel UNCITRAL arbitration</i></p> <p>425 (...) <i>the only real difference between the claims in the UNCITRAL Proceeding and those at ICSID is that, in the former, Claimants are advancing certain arguments that directly contradict their arguments here</i></p> <p>427. (...) <i>the clear objective of Claimants' gambit was to pave the way for certain arguments that they were advancing in the UNCITRAL Proceeding</i></p> <p>430. (...) <i>Claimants are simultaneously advancing the same claims, but directly competing arguments, in two different international arbitral fora. These actions contravene the Committee's express ruling that 'the effects of res iudicata and lis pendens foreclose the Applicants from activating 'any other remedy' in connection with the claims that were brought to ICSID arbitration as explicitly provided for in Article 26 of the Convention.</i></p> <p>435. (...) <i>in their UNCITRAL pleadings, Claimants' damages methodology and calculations are identical to the ones they submitted to ICSID during the Resubmission Proceeding. This can be easily confirmed by the Committee by means of a simple comparison of the damages expert reports submitted by Claimants in the ICSID Resubmission and UNCITRAL proceedings, respectively.</i></p> <p>443. (...) <i>Claimants have attempted to justify their abusive decision to resort to an UNCITRAL arbitration by asserting that "[l]a dispute auprès du CIRDI est conceptuellement séparée de la présente demande [i.e., the UNCITRAL claim]."</i> But, as demonstrated above, <i>their UNCITRAL pleadings contain many of the same assertions that Claimants had already previously included in their pleadings in the Resubmission Proceeding</i> (which proceeding Claimants concede in their Annulment Memorial was a continuation of the Original Arbitration).</p> <p>444. (...) <i>in the present [annulment] proceeding, Claimants are attacking those same aspects of the Resubmission Award.</i> (...) <i>Claimants are relying heavily upon the Resubmission Award in support of their arguments in the UNCITRAL Proceeding, but at the</i></p>	<p>(...) <i>at present, Chile's only request is that the Tribunal admit the Reply on Annulment into the record and review it, taking note in particular of the following:</i></p> <p>(1) Claimants' arguments therein that are identical to the ones that they are advancing in the present proceeding;</p> <p>(2) Claimants' admissions [sic] therein regarding the nature of the claims that they previously advanced at ICSID;</p> <p>(3) Claimants' arguments therein that certain issues should be heard at ICSID; and</p>

<p>same time seeking the annulment of that Award in its entirety in the present proceeding. Such tactics should not be tolerated.</p> <p>445. In sum, Claimants have initiated a parallel arbitration under the BIT seeking the same relief that they repeatedly have sought in this ICSID Arbitration. Further, to ensure that the UNCITRAL Tribunal exercises jurisdiction over their redundant claims, <u>Claimants rely on the same aspects of the Resubmission Award that they so vehemently attack in the present proceeding.</u> (...)</p> <p>The Committee should (...) revise the existing stay of enforcement to include the condition that Claimants request the suspension of the UNCITRAL Proceeding. This is necessary to protect the integrity of the present proceedings and of this Committee’s eventual annulment decision, which appears likely to be significantly undercut if the UNCITRAL Proceeding were to proceed to conclusion on the merits (an outcome that remains plausible).¹⁷³[Caractères appuyés ajoutés]</p>	<p>(4) Claimants’ requests therein for the annulment of multiple parts of the Resubmission Award that they are now affirmatively using in support of their arguments in the present UNCITRAL rules proceeding.</p> <p>[Caractères appuyés ajoutés]</p>
--	---

1. Les prétentions de la Reply enfreignent les articles 10(1) et 1(2) de l’API

96. Les conditions de la compétence du Tribunal arbitral sont établies dans les articles 10, 1(2) et 2(2) de l’API, qui disposent, répétons-le :

« Article 10. **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.

2. 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.** »

3. 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 Relatifs 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). »

« Article 1. **Définitions**

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.

¹⁷³ Pièce C587, Chile’s Counter-Memorial on Annulment du 20 juillet 2018, §§421-445

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 patentes 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.

Article 2. Soutien, admission.

*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. »*

[Soulignements ajoutés]

97. La SI du CIRDI a interprété et appliqué ces articles de l'API Espagne- Chili dans les termes suivants :

« (...) 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). »¹⁷⁴

« En résumé, la seconde partie demanderesse a établi, aux yeux du Tribunal arbitral, qu'elle remplissait bien les conditions posées pour la compétence tant par l'article 25 de la Convention CIRDI que par l'API. Il en résulte dès lors que le Tribunal arbitral est compétent pour statuer sur le fond du litige pour ce qui concerne la deuxième partie demanderesse, la Fondation Presidente Allende. »¹⁷⁵

98. « Toute controverse... » n'a pas d'autre exigence que son rapport à l'investissement, l'API Espagne-Chili protégeant aussi bien l'investissement que l'investisseur (voir les arts. 4, 5, 6 et 7).

99. En conséquence, comme l'affirme le prof. Schreuer, la compétence du tribunal arbitral n'est pas restreinte aux seules « *violations of the treaty's substantive provisions* » (v. *supra*, §81).

100. L'interprétation et l'application par la SI des articles 1(2), 2(2), 10(1) et 10(2) de l'API Espagne-Chili, y compris celle du terme « controverse », a été expressément contestée par

¹⁷⁴ Pièce C14, SI, §411

¹⁷⁵ Ibid., §568

l'État du Chili devant le 1^{er} Comité *ad hoc*, qui les a confirmées dans la Décision du 18 décembre 2012.¹⁷⁶

101. L'application dans la présente procédure de cette interprétation de l'API est conforme à l'article 31(2)(b) de la Convention de Vienne sur le droit des Traités (v. *supra*, nbp 51).

102. La SI¹⁷⁷ a défini une « controverse » ou un « différend » dans le sens normalement appliqué dans la jurisprudence de la C.I.J.¹⁷⁸ et par les tribunaux arbitraux tels que celui de l'affaire CIRDI *Maffezini c. Espagne*¹⁷⁹, à savoir :

« [...] *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 »180}

¹⁷⁶ Pièce C15, Décision du 1^{er} Comité *ad hoc*, voir « Consentement » à l'arbitrage (§§33-37, 50) ;

« L'investissement » de M. Pey conformément à l'API (§§25-26 ; 122-158) et de la Fondation (§§46, 48 ; 169-173) ; « compétence *ratione temporis* au regard de l'API » (§§53-54 ; 159-168)

¹⁷⁷ Pièce C14, SI, §§441-443

¹⁷⁸ *Ibid.*, v. la nbp 370 de la SI : « *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*). »

¹⁷⁹ L'article II de l'API Espagne-Argentine, signé le 3 octobre 1991, est identique à celui de l'article 2 de l'API Espagne Chili signé la veille. Accessible dans <https://bit.ly/2CHwQ3c>, l'art. II dispose : « PROMOCIÓN Y ADMISIÓN. 1°.- *Cada Parte promoverá, en la medida de lo posible, las inversiones efectuadas en su territorio por inversores de la otra Parte y admitirá estas inversiones conforme a sus disposiciones legales.* 2.- *El presente Acuerdo se aplicará también a las inversiones de capital efectuadas antes de la entrada en vigor del mismo por los inversores de una Parte conforme a las disposiciones legales de la otra Parte en el territorio de esta última. Sin embargo, el presente Acuerdo no se aplicará a las controversias o reclamaciones que se hubieran originado antes de su entrada en vigor* » (SOUTIEN ET 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 également aux investissements de capital qui auraient été réalisés antérieurement à son entrée en vigueur par des investisseurs de l'une des Parties conformément aux dispositions légales de l'autre Partie dans le territoire de cette dernière. Le présent Traité ne s'appliquera pas, néanmoins, aux controverses ou réclamations surgies antérieurement à son entrée en vigueur)

¹⁸⁰ Pièce C14, SI, §§441-443

103. Conformément aux articles 1(2) et 10(1) de l’API la volonté des Demanderesses de soumettre à l’arbitrage la détermination du montant de l’indemnisation pour le préjudice causé à partir du 8 mai 2008 doit être impérativement respectée par le Tribunal arbitral de même que par l’État du Chili en vertu du principe *pacta sunt servanda*.

En effet, en refusant de donner son consentement après l’apparition d’un différend l’État hôte se place soi-même en violation de ses obligations au titre de l’API.¹⁸¹

104. Or, les prétentions que formule la *Reply* ne sont pas conformes à ce que disposent l’article 10(1) de l’API - qui n’est même pas mentionné- ni l’article 1(2) - qui est mentionné hors contexte¹⁸²- ni avec l’interprétation et l’application que la SI a faite de ces deux articles. Et pour cause, toutes les demandes formulées par les Demanderesses sont relatives à des obligations de l’État envers leur investissement dans le groupe de presse CPP S.A., propriétaire à son tour de 99% des participations d’EPC Ltée., et, en conséquence, à l’accès des investisseurs aux remèdes de l’arbitrage international.

105. En effet, afin apparemment d’éviter la force contraignante de l’article 10(1) de l’API, la *Reply* prétend que l’investissement n’aurait pas existé lorsque l’API est entré en vigueur le 23 mars 1994:

In essence, the objection is that Claimants’ requests for relief are all contingent upon what amounts to a legal impossibility — viz., that, at one or more points after the First Award of 8 May 2008, Chile violated a BIT obligation that somehow applied in respect of Claimants.²⁰ Such a finding is legally impossible because the BIT’s substantive obligations are predicated on the existence of an “investment,” and the First Award is clear that whatever investment Claimants had in the El Clarín newspaper enterprise was permanently and irrevocably terminated in the 1970s.¹⁸³

106. Une telle prétention (1) *venit contra factum proprium* de l’État du Chili, se heurte (2) à l’autorité de la chose jugée de la SI et (3) de la Décision du 1^{er} Comité *ad hoc* du 18 décembre 2012, (4) de même qu’à la conclusion pertinente de la SR, dès lors que

¹⁸¹ Voir R. Dolzer-C. Schreuer, *Principles of International Investment Law*, 242; R. Dolzer-M. Stevens, *Bilateral Investment Treaties*, 134; C. Dugan-D. Wallace-N. Rubins- B. Sabahi, *Investor-State Arbitration*, 238; A. Broches, *The Art of Arbitration*, 66.

¹⁸² V. *Reply*, §§72, qui dénature les arguments des Demanderesses relatifs à la définition d’*investissement* selon l’article 1(2) de l’API dans leur *Réponse* aux exceptions sur la compétence (§§250-266, 297) ou dans leur *Mémoire* (§§269)

¹⁸³ *Reply*, §§8, 69-76

(i) Le Chili a reconnu devant le CIRDI et le Tribunal arbitral initial en 1998, 2001 et 2003 que l'investissement des Demanderesses existait après l'entrée en vigueur de l'API.

(V. *infra*, §§151-152) ;

(ii) La Sentence arbitrale du 8 mai 2008 a établi l'existence de l'investissement des Demanderesses, et le fait que celui-ci est sous la protection de l'API.

(V. *supra*, §22)

(iii) Le 1^{er} Comité *ad hoc* a rejeté la prétention de l'État relative à l'inexistence de l'investissement.

(V. *supra*, §23 et *infra*, §152)

(iv) La Sentence de Réexamen n'a pas mis en question l'existence de l'investissement après l'entrée en vigueur de l'API le 23 mars 1994.

(v) Le Jugement du 1^{er} Tribunal civil de Santiago du 24 juillet 2008 a constaté la nullité *ab initio* de la saisie de l'investissement.

Ce Jugement a établi que le droit constitutionnel à l'investissement en question dans CPP S.A. n'avait pas été annulé ou rendu sans effet par le Décret 165, de 1975 (comme il a été étayé dans le commentaire aux (très biaisés) Rapports de MM. Barros et Maturana, experts du Chili¹⁸⁴. Suite à ce Jugement, l'État du Chili a, immédiatement, mis en application une machination voyante en vue de corrompre la procédure judiciaire interne et d'empêcher M. Pey Casado d'exercer ses droits, ce qui constitue la matière de la première demande soumise dans la présente affaire. Il ne fait pas de doute que le droit constitutionnel que constate le 9^{ème} Considérant du Jugement du Tribunal de Santiago de 2008, à savoir que la saisie de l'investissement était nulle en vertu de l'article 4 de la Constitution de 1925 et de l'article 6 de celle de 1980, constitue un droit dans la définition large d' »investissement » figurant dans la rédaction du Traité entre l'Espagne et le Chili.

¹⁸⁴ Voir les pièces C475 et C476

107. Le 9 août 2018 le 2nd Comité *ad hoc* du CIRDI a rejeté la deuxième demande de connexion de l'État du Chili :

« Après avoir examiné en détail la soumission de la Défenderesse [du 20 juillet 2018], le Comité estime 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. (...) Par conséquent, le Comité 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.»¹⁸⁵ [Caractères appuyés ajouté]

108. Le 19 novembre 2018 l'État Défendeur dans sa *Reply* a passé sous silence aussi bien cette deuxième tentative devant le 2nd Comité *ad hoc* du CIRDI de connecter les deux procédures que le refus du Comité.

109. Dans la même *Reply* du 19 novembre l'État du Chili a tenté une troisième chance de connexion et se tournant, cette fois, vers la présent Tribunal CNUDCI, a réitéré des arguments¹⁸⁶ similaires à ceux formulés sans succès devant le 2nd Comité *ad hoc* du CIRDI.

110. Les controverses soumises devant le présent Tribunal arbitral par les Demanderesses ont donné lieu à des « nouvelles demandes » au sens de ce qu'a décidé le 2nd Comité *ad hoc* le 15 mars 2018 (v. *supra*, §§34, 51, 93,110). Ceci a été étayé dans le **Mémoire**¹⁸⁷ et dans le §34 *supra*.

¹⁸⁵ **Pièce C588**, réponse du 2nd Comité *ad hoc* du 9 août 2018 aux §§421-445 du *Chile's Counter-Memorial on Annulment* du 20 juillet 2008, section 2.

¹⁸⁶ Voir p. ex. dans la *Reply on Bifurcated Objections* : “Claimants cannot make such a showing, as the records plainly shows that **Claimants in fact already submitted those issues at ICSID**” (§9(2)); “there is a **parallel annulment proceeding** that is ongoing at ICSID at this very moment (...) overlaps with this one and relates to **the same claims**” (§30); “there can be no question that **parallel proceedings exist now**, as Claimants are actively pursuing annulment claims at ICSID. Importantly, such annulment claims involve various requests that relate to **exactly the same issues** that Claimants are raising before this Tribunal” (§31); “it bears noting that Claimants seem to be attempting to establish the absence of a **parallel proceeding** by reference to a ruling in a **parallel proceeding**. Claimants appear not to discern any irony in the foregoing” (§37); “The **ICSID Exclusivity Rule and the BIT's Forum Selection Rule** preclude Claimants from seeking yet another bit at the apple in this UNCITRAL Proceeding. Further, the principle of **lis pendens** — and its corollary, **ne bis in idem** — also preclude the claims. These principles bar two **parallel proceedings** involving **the same issues and parties** — which is precisely the situation here” (§100) [caractères appuyés ajoutés]

¹⁸⁷ Voir le **Mémoire**, §§15-230

2. Les prétentions de la Reply enfreignent l'article 2(2) de l'API. Un même fait peut être à l'origine de demandes légales différentes

*'Rien n'empêche en principe un État de présenter, à partir des mêmes faits, des demandes aux fondements juridiques distincts, lorsqu'un point particulier appelle une décision dans le même contexte juridique'*¹⁸⁸

111. L'article 2 de l'API Espagne-Chili¹⁸⁹ régit la compétence *ratione temporis* du présent Tribunal dans les termes indiqués aux §§96-99 *supra* et ci-après.

112. La SI a conclu, rejetant la prétention du Chili à ce sujet, que la rédaction de l'article 2 de l'API Espagne-Chili a **exclu** de la compétence du Tribunal arbitral seulement les «*controverses et déclarations*» antérieures à l'entrée en vigueur de l'API et **non** «**des faits antérieurs**» :

*« Une fois le traité en vigueur, il n'est toutefois pas interdit au Tribunal de **prendre en considération des faits antérieurs à la date d'entrée en vigueur du traité** pour examiner le contexte dans lequel sont intervenus les actes que les demanderesse estiment devoir être qualifiés de violations postérieures à l'entrée en vigueur du traité. C'est ce qu'a rappelé le Tribunal arbitral constitué dans l'affaire MCI c. Ecuador qui estimait n'être compétent qu'à l'égard des actes postérieurs à l'entrée en vigueur de l'API lorsque ces actes sont présentés comme des violations de l'API : 'Prior events may only be considered by the Tribunal for purposes of understanding the background, the causes, or scope of violations of the BIT that occurred after its entry into force'.⁵⁸¹¹⁹⁰*

*« En conséquence, même si en l'espèce les dispositions de fond de l'API ne sont pas applicables aux actes d'expropriation antérieurs à son entrée en vigueur, **le Tribunal pourra examiner les violations de l'API qui se sont produites après son entrée en vigueur, en prenant en compte au titre du contexte des événements qui ont eu lieu avant cette date.**»¹⁹¹*
[Soulignement ajouté]

¹⁸⁸ **Pièce C653**, C.I.J. *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, Opinion dissidente commune de MM. les Juges Ranjeva, Shi et Koroma, §9. V. également **pièce C467**, *Haya de la Torre (Colombia v. Peru)*, ICJ Reports (1951), §80 : « Ainsi qu'il a été relevé plus haut, l'arrêt du 20 novembre n'a pas statué sur la question de la remise du réfugié. Cette question est nouvelle ; elle a été soulevée par le Pérou dans sa note à la Colombie en date du 28 novembre 1950 et soumise à la Cour par la requête de la Colombie en date du 13 décembre 1950. Par conséquent, il n'y a pas chose jugée en ce qui concerne la question de la remise »

¹⁸⁹ **Pièce C6**

¹⁹⁰ 581 *M.C.I. Power Group L.C. and New Turbine, Inc. c. Equateur*, affaire CIRDI n° ARB/03/6, sentence du 31 juillet 2007, para. 93.

¹⁹¹ **Pièce C14**, SI, §§611-612

113. Cette interprétation et application de l'article 2 a été expressément contestée par l'État du Chili devant le 1^{er} Comité *ad hoc*

« Selon les termes utilisés par le Chili dans son Plan Détaillé (en page 6), « since El Clarín had been definitively expropriated by 1975, Claimants had no remaining investment in Chile by the time of the BIT's entry into force (1994) and a fortiori no investment by the date of the alleged post-BIT acts for which the Tribunal found Chile responsible ». ¹⁹²

La Décision du Comité *ad hoc* 18 décembre 2012 [§168] a rejeté catégoriquement la prétention du Chili :

« 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 l'API¹⁰⁵. 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 fin¹⁰⁶¹⁹³, 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 alléguée¹⁰⁷¹⁹⁴. Ces principes ont été respectés par le Tribunal dans la section de la Sentence consacrée à l'application de l'API *ratione temporis*¹⁰⁸. ¹⁹⁵

114. Conformément à l'article 31(3) du Traité de Vienne sur les traités (v. *supra*, §6) et aux articles 10(5) de l'API et 53 de la Convention du CIRDI, cette interprétation de l'article 2 de l'API est donc obligatoire pour les parties et le présent Tribunal arbitral. Comme l'affirme la Décision du Tribunal AMCO

Matters raised before the Ad Hoc Committee but not expressly annulled by it, or expressly confirmed by it, constitute res judicata ¹⁹⁶.

115. Certains des « faits » à l'origine des controverses soumises devant le présent Tribunal arbitral étaient également présents dans les controverses soumises devant le TI et le TR du CIRDI, mais ces « faits » y ont donné lieu à des controverses distinctes, nées à des dates différentes, dont l'objet et les *causae petendi* étaient distincts de ceux soumis au présent Tribunal arbitral, conformément à la définition de la notion de controverse dans l'API selon la SI et le 1^{er} Comité (v. *supra*, §§28, 102).

¹⁹² **Pièce C15**, Décision du 1^{er} Comité *ad hoc*, §§159-168

¹⁹³ [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]

¹⁹⁴ [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* »).]

¹⁹⁵ [108 Voir Sentence, paras. 419-466.]

¹⁹⁶ **Pièce C495**. 753. *Amco Asia Corporation v. Republic of Indonesia*, Decision on Jurisdiction, 10 May 1988, §47, cité dans le §60 *supra*

116. En effet, la SI a bien précisé que relevaient de sa compétence les deux controverses soumises en 2000 et 2002 relatives à des infractions à l'article 4 de l'API commises par l'État du Chili ces années-là à l'encontre de M. Pey Casado et de la Fondation Président Allende, à savoir

- La controverse d'ordre juridique surgie en 2000 relative à **la discrimination** de la Décision 43 du 28 avril 2000, que la SI a tranchée sur le fond¹⁹⁷,
- En ce qui concerne la rétention du Jugement dans l'affaire Goss, la controverse d'ordre juridique surgie en novembre-décembre 2002 relative au **déni de justice** lié à la Décision 43, tranchée également sur le fond dans la SI.¹⁹⁸

117. Par contre, la SI a considéré hors sa compétence *ratione temporis* la question surgie entre les parties après le 6 novembre 1995 relative à la violation **continue** de l'article 5¹⁹⁹ de l'API en vertu de la nullité de droit public, *ab initio*, imprescriptible, du Décret n° 165, alléguée par les Demanderesses dans leur Requête initiale du 3 novembre 1997. La paralysie pendant plus de sept années du Jugement du 1^{er} Tribunal civil de Santiago, initié lors de la Demande du 4 octobre 1995²⁰⁰, a contraint le TI à se positionner à partir d'une hypothèse d'indétermination à cet égard dans laquelle il a légitimement adopté l'approche :« à la connaissance 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 »²⁰¹, et à condamner pour cette paralysie l'État Défendeur (déni de justice).

118. De même, la SR a quant à elle considéré hors sa compétence (v. *supra*, §§33, 42, 83, 84) la question du statut en droit chilien du Décret n° 165, de 1975, relative à la nullité de

¹⁹⁷ Pièce C14, SI, §§448-453, 613-623, 650-674

¹⁹⁸ *Ibid.*, §§454-465, 624-626, 650-674

¹⁹⁹ Article 5 de l'API : « **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. »

²⁰⁰ Pièce C14, SI, §78

²⁰¹ *Ibid.*, §§438-447, 466, 601-604

droit public, *ab initio*, imprescriptible, à constater *ex officio*²⁰², de même que les questions surgies entre les parties après le 3 novembre 1997 et, *a fortiori*, après le 8 mai 2008.²⁰³

119. La SR n'a pas tranché non plus les conséquences qui suivent de

*« 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 .»*²⁰⁴

120. Le traitement de ces questions où le contexte juridique et factuel a changé, faisant apparaître ce que les sentences ont exclu, soit par inaccessibilité (la SI) soit pour refus de compétence (la SR), n'a pas l'autorité de la chose jugée en rapport avec le cadre juridique et factuel apparu au-delà de la date de la SI dès lors que, contrairement à ce qu'affirme la *Reply*²⁰⁵,

a) le sujet aussi bien que la *causa petendi* de l'action initiale sont déterminés par les décisions arbitrales de 2008 et 2016 -qui a exclu ledit cadre juridique et factuel- plutôt que par la requête correspondante des demandeurs, et que

b) une sentence arbitrale a l'autorité de la chose jugée lorsqu'elle tranche le fond de la question qui lui a été soumise, non lorsqu'elle considère que celle-ci est hors sa compétence, ou hors du contexte juridique et factuel auquel elle a accès.

121. En conséquence la SR a conclu à la demande de l'État du Chili

i. Que les actes de l'État commis après le 8 mai 2008 étaient hors la compétence du TR²⁰⁶, y compris, en particulier, la question relative au Jugement du 1^{er} Tribunal civil de Santiago du 24 juillet 2008 constatant dans son 9^{ème} Considérant l'invalidité du Décret n°

²⁰² Pièce C39, SR, §198

²⁰³ *Ibid.*, §216

²⁰⁴ *Ibid.*, §244

²⁰⁵ *Reply*, §§29

²⁰⁶ Pièce C39, SR, §216

165²⁰⁷, de même que l'obligation de l'État de ne pas discriminer les Demanderesses, en ce compris l'interdiction du déni de justice²⁰⁸;

- ii. que l'objet, la *causa petendi*²⁰⁹ et l'évaluation du montant du préjudice dans la demande de réexamen soumise le 18 juin 2013²¹⁰ étaient fondés sur des faits et des circonstances relatifs à l'acte d'expropriation par le Décret n° 165, de 1975²¹¹ ;
- iii. que la conséquence légale découlant des conclusions i et ii est l'incompétence du TR sur les questions relatives à la nullité de droit public du Décret n° 165 constatée dans ledit Jugement interne du 24 juillet 2008²¹², de même que sur les moyens de preuve produits à l'appui de la demande de Réexamen²¹³ ;
- iv. que les questions relatives à ces actes n'ont pas été tranchées de manière définitive et finale dans la SR (§§198 *in fine* et 216).

122. Or les controverses soumises devant le présent Tribunal sont toutes nées après le 8 mai 2008, leur objet et leur *causa petendi* sont distincts des controverses tranchées dans la SI²¹⁴ et de ceux que celle-ci et la SR (v. *supra*, §46) ont déclaré hors leur compétence.

123. En effet, la *causa petendi* et l'objet de toutes les demandes que les Demanderesses ont soumises devant le présent Tribunal arbitral portent sur des infractions à l'API et des controverses hors la limite temporelle et l'objet de sa compétence établis dans la SR.²¹⁵

On rappellera à cet égard, comme avait conclu la SI²¹⁶ en citant la Sentence *Maffezini* (v. *supra*, §101), et également le 2nd Tribunal AMCO, que

"A dispute" in arbitration is to be understood not merely as subject matter within the scope of jurisdiction that is contested, nor even arguments that have been advanced in oral hearings and responded to. Argument is directed to supporting a dispute: it

²⁰⁷ **Ibid.**, §198 *in fine*

²⁰⁸ **Ibid.**, §244 *in fine*

²⁰⁹ **Ibid.**, §189

²¹⁰ **Ibid.**, §240 : " la Défenderesse soutient que, quels que soient les mérites et les faiblesses des calculs particuliers de M. Saura, ils échouent tous car ils ne sont rien de plus que des approches alternatives pour mesurer la valeur en capital des biens confisqués ainsi que les profits retirés de leur utilisation, ce qui ne serait recevable qu'en présence d'une demande valable fondée sur l'expropriation. Encore une fois, le Tribunal est d'accord avec cette critique."

²¹¹ **Ibid.**, §§194, 233, et 193, 238, 240, 244, 622

²¹² **Ibid.**, §198 *in fine*

²¹³ **Ibid.**, §§240 et 256 (points 2) a 8) du Dispositif)

²¹⁴ **Pièce C14**, SI, §§627-674

²¹⁵ **Pièce C39**, SR, v. les §§216 et 244 *in fine*

²¹⁶ **Pièce C14**, SI, §442

*does not define the dispute. A dispute is defined by claims formally asserted and responded to in claim and defence, or in counterclaim and reply to counterclaim-in other words, the causes of action.*²¹⁷

124. Or la *Reply* du Chili dans ses objections à la compétence du présent Tribunal arbitral passe outre le fait que c'est l'État du Chili lui-même qui a sollicité du TR (v. *supra*, §33) que, dès lors que la *causa petendi* et l'objet des controverses soumises seraient postérieures au 8 mai 2008, le TR devait les considérer hors sa compétence.²¹⁸ Comme l'affirme Michael Waibel :

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.*²¹⁹

125. En conséquence, les arguments, de même que les expertises financières d'Accuracy qui auraient été avancés lors de la procédure de Réexamen au soutien de questions que le TR a considéré hors sa compétence, peuvent légitimement être soutenus devant le présent Tribunal arbitral CNUDCI pour autant qu'entrent dans la compétence de celui-ci la *causa petendi* et l'objet des controverses, remèdes et demandes que ces arguments et expertises soutiennent ou quantifient.

126. Cependant, le raisonnement et les prétentions de la *Reply*, en particulier ceux figurants dans ses paragraphes 41 et 68, enfreignent la *res iudicata* et l'article 2(2) de l'API, qui n'est même pas mentionné.

127. L'absence de référence à l'article 2(2) de l'API dans la *Reply* semble chercher à éviter l'obstacle constitué par le fait que des demandes distinctes peuvent découler d'un même fait, comme l'avait indiquée le prof. Jan Paulsson dans l'affaire *Pantechniki v. Albania*.²²⁰

²¹⁷ Pièce C495, *Amco Asia Corporation and others v. Republic of Indonesia*, ICSID Case No. ARB/81/1, Decision on Jurisdiction (Resubmitted), 10 mai 1988, §§135, 136

²¹⁸ Pièce C39, SR, §§126 et 244 *in fine*

²¹⁹ Pièce C518, Waibel (Michael), "[Investment Arbitration: Jurisdiction and Admissibility](#)"

²²⁰ Pièce C606, *Pantechniki S.A. Contractors & Engineers v. The Republic of Albania*, ICSID Case no. ARB/07/21, Award, 30 July 2009, §§61-62: "Albania ...has sought to synthesise the precedents to the effect that claims have the same 'essential basis' if they have the same factual predicates and request the same relief (...) I'm not persuaded that such generalities are helpful in deciding individual cases. **The same fact can give rise to different legal claims. The similarity of prayers for relief does not necessarily bespeak an identity of cause of**

128. En définitive,

- a) Les conclusions sur le fond que la SR a prises dans le cadre de sa compétence sont depuis le 13 septembre 2016 obligatoires pour les parties, pour le présent Tribunal arbitral et pour la Confédération Helvétique en vertu des articles 53(1) et 54 (1) de la Convention du CIRDI (sous réserve de la décision qui pourrait adopter le 2nd Comité *ad hoc* dans la procédure en annulation de la SR actuellement en cours au CIRDI) ; en outre elles ont créé une situation de « non traitement » qui ne disparaîtra pas en cas d'annulation partielle ou totale ;
- b) Toutes les questions relatives à des violations de l'API soumises au présent Tribunal arbitral sont survenues **après** le 8 mai 2008.²²¹ Elles n'ont pas été tranchées par la SI par définition, celle-ci ayant été communiquée aux parties le 8 mai 2008. Elles n'ont pas été tranchées sur le fond non plus par la SR, qui a expressément exclu de sa compétence les questions surgies entre les parties après cette date.²²²
 - i. Les demandes des Demanderesses entrent dans le cadre de la compétence *ratione materiae* établie aux articles 1(2) et 10(1) de l'API

129. La SI a établi, en interprétant et appliquant l'article 2(3) de l'API, que les parties ont été d'accord dans

*« la signification à donner au terme « réclamations », équivalant du terme anglais claims, et correspondant ici à une demande formée par l'une des parties pour faire valoir ses droits. »*²²³

Cette interprétation de l'API est obligatoire entre les parties. Comme l'avait affirmé le Tribunal arbitral dans l'affaire AMCO :

*An unchallenged finding of an initial Tribunal remains res judicata, and it can readily be seen that it cannot be necessary for such a finding to be brought before an annulment committee (in the hope that an undesired challenge will be rejected) for it to be affirmed as res judicata.*²²⁴

*action. What I believe to be necessary is to determine whether claimed entitlement have the same normative source. But even this abstract statement may hardly be said to trace a bright line that would permit rapid decision. The frontiers between claimed entitlement are not always distinct. **Each situation must be regarded with discernment.***" [Caractères appuyés ajoutés]

²²¹ V. le **Mémoire** du 6 janvier 2018, section III à VI

²²² **Pièce C39**, SR, §216

²²³ **Pièce C14**, SI, §436

²²⁴ **Pièce C495**, *Amco Asia Corporation v. Republic of Indonesia*, decision on Jurisdiction, 10 May 1988, §84

130. L'État du Chili a consenti en ratifiant l'API à l'application des articles 1(2) et 10 qui régissent la compétence *ratione materiae* du présent Tribunal arbitral.

131. On remarquera qu'à la différence de l'article 10(2) -voir *supra*, §§, 36, 37-42, 51-57, 100- l'article 10(3) de l'API n'établit pas de *fork-in-the-road* entre la compétence du CIRDI et celle d'un Tribunal sous les règles de la CNUDCI, il n'établit pas plus que le choix par l'investisseur d'une compétence exclurait l'autre, ou que ce choix serait final.

En outre, comme l'ont établi la SI²²⁵, la Décision du 1^{er} Comité *ad hoc*²²⁶ et comme l'a également remarqué le prof. Schreuer²²⁷

*the practice on fork in the road clauses shows that they have had little practical impact on the jurisdiction of tribunals. Tribunals have held consistently that a 'fork in the road' clause will prevent access to international arbitration only if **the same dispute involving the same parties and the same cause of action were before the courts of the host State.** Typically, the cause of action before the domestic court will have its basis in the local law whereas before the international tribunal the investor usually relies on treaty rights.*⁵¹²²⁸ [Caractères appuyés ajoutés]

En l'espèce,

- i. soit les controverses soumises devant le présent Tribunal arbitral n'ont pas été soumises aux juridictions internes ;
- ii. soit elles ne sont pas les mêmes que celles soumises au TI ou au TR ;
- iii. soit la SI et la SR ont déclaré ne pas avoir de compétence, en tout ou en partie, pour les trancher sur le fond et, en conséquence, la présente affaire implique à leur égard le remplacement d'un for indisponible par un autre disponible.

²²⁵ Pièce C14, SI, §§467–498

²²⁶ Pièce C15, Décision en annulation du 18 décembre 2012 du 1^{er} Comité *ad hoc*, §§44–43

²²⁷ Pièce C590, Schreuer (Ch.), *Multiple Proceedings*, in The Law and Practice of International Courts and Tribunals (2017), page 164

²²⁸ V. entre autres : pièce C528, *Vivendi v. Argentina*, Decision on Annulment, 3 July 2002, paras. 36, 38, 42, 55, 113; pièce C280, *Middle East Cement v. Egypt*, Award, 12 April 2002, paras. 71, 72; pièce C206, *Cms v. Argentina*, Decision on Jurisdiction, 17 July 2003, paras. 77–82; pièce C160, *Occidental v. Ecuador*, Award, 1 July 2004, paras. 37 (a), 38–63; pièce C556, *MCI v. Ecuador*, Award, 31 July 2007, paras. 36–38, 171–191; pièce C257, *Desert Line Projects v. Yemen*, Award, 6 February 2008, paras. 124–138; pièce C487, *Toto v. Lebanon*, Decision on Jurisdiction, 11 September 2009, paras. 203–217; pièce C200 *Yukos Universal v. Russian Federation*, Interim Award on Jurisdiction and Admissibility, 30 November 2009, paras. 587–600

Il n’y a donc pas de risque de chevauchement des procédures, ni de « *double recovery* », contrairement à ce qu’a soutenu l’État du Chili devant le Comité *ad hoc*²²⁹, sans succès.²³⁰

Bref, comme il a été étayé dans la **Réponse**²³¹ et ci-dessus, le présent Tribunal est en conséquence compétent *ratione materiae* à l’égard des demandes qui lui ont été soumises.

13. Inexistence de *lis pendens* et de procédures parallèles en l’espèce

132. Après avoir allégué aux §§30, 36, 100 de la *Reply* la *lis pendens* à l’appui de son opposition à ce que celle-ci appelle *Claimants’ Seventh et Eight Argument*, et de sa prétention *D. The Tribunal Lacks Jurisdiction to Entertain Claims Related to the Essex Court Chambers Issue*, le 11 décembre 2018 l’État Défendeur a essayé, une quatrième fois, de connecter deux procédures arbitrales internationales. Il a demandé à joindre à la présente procédure la Réplique des Demanderesses du 9 novembre 2018 dans une procédure en annulation de la SR fondée sur les motifs établis à l’article 52 de la Convention du CIRDI, manifestement hors la compétence du présent Tribunal arbitral dans une procédure fondée sur un traité international, régie par les Règles de la CNUDCI et par la loi suisse (la *Reply* omet toute référence à la *lex arbitrii*).

133. L’application de la *lis pendens* n’est d’ailleurs pas reconnue comme un principe de droit international général dès lors que la procédure est régie par le droit international public. La C.P.I.J. avait déjà considéré dans l’affaire *relative à certains intérêts Allemands en Haute-Silesie Polonaise* que

« *C’est une question vivement controversée dans la doctrine des auteurs et dans la jurisprudence des principaux États, que celle de savoir si la litispendance, qui a pour objet de prévenir un conflit de choses jugées, peut être invoquée dans les rapports internationaux, en ce sens que les juges d’un État devraient refuser de connaître, en l’absence d’un traité, de toute affaire déjà pendante devant un tribunal étranger, exactement comme ils auraient le devoir de le faire si un tribunal national avait été, à une époque antérieure, régulièrement saisi de la même affaire.* »²³²

²²⁹ V. la *Reply*, §30 (“*there is a parallel annulment proceeding that is ongoing at ICSID at this very moment*”), §§31, 37, 100, et la **pièce C587**, *Chile’s Counter-Memorial on Annulment* du 20 juillet 2018 : «*Claimants have continued throughout this year to pursue their claims in the parallel UNCITRAL arbitration*” (§421), “*there would be a risk of double recovery*” (§435(a)), “*significant overlap between Claimants’ claims in the two proceedings*” (§441)

²³⁰ **Pièce C588**, Réponse du 2nd Comité *ad hoc* le 9 août 2018 aux questions processuelles du Chili, page 2

²³¹ **Réponse**, §§4, 9, 136

²³² C.P.I.J., Rep. Series, A No. 6, Arrêt du 25 août 1925, 20, accessible dans <https://bit.ly/2P1dlpe>. Dans le même sens, *American Bottle Company (USA) v United Mexican States (2 April 1929)*, 4 RIAA 437 : “*There is, however, no rule in international law, nor no provision in the Conventions entered into*

134. Plus récemment le prof. Hobér constatait en 2014 que

« *it has been suggested by commentators that lis pendens does not exist in international arbitration, and indeed is not necessary since the contractual undertaking to arbitrate is sufficient to prevent jurisdictional conflicts between various fora.*²³³ (...) »

*Given the broad definitions of both “investor” and “investments” in most investment protection treaties, there is a significant potential for overlapping jurisdiction and parallel proceedings. Few investment protection treaties have provisions dealing with these issues. From a practical point of view, parallel investment treaty arbitrations would seem to raise significant concerns. Based on present case law, it would seem clear that traditional application of the lis pendens principle is not able to address these concerns. Nor do fork-in-the-road provisions, or umbrella clauses provide any solutions.*²³⁴

135. Il est notable que l'étude classique de Bin Cheng ne mentionne pas le *lis pendens* dans son étude des principes généraux du droit appliqués par les tribunaux internationaux.²³⁵

136. En l'espèce trois des conditions que cumulativement exige en droit suisse la *lis pendens* ne sont pas présentes, à savoir l'identité i) de l'objet, ii) de la *causa petendi*, iii) entre deux procédures en cours simultanément.²³⁶

Comme il a été étayé dans le **Mémoire** du 6 janvier 2018²³⁷ sur la compétence et le fond, et dans la **Réponse**²³⁸ aux exceptions à la compétence formulées par l'État Défendeur et bifurquées sur ordre du Tribunal, il manque dans l'espèce l'identité de l'objet et la *causa petendi* des demandes des Demanderesses.

between the United States and Mexico or in the rules of this Commission, that precludes the United States from presenting a claim to this Commission because of its having been previously filed by Memorial before the Special Claims Commission”, accessible dans

<https://bit.ly/2To6AR6>

²³³ **Pièce C297**, Hobér (K.), *International arbitration, res iudicata and lis pendence*, Collected Courses of the Hague Academy of International Law, 2014, pages 241-242, citant Schweizer and Guillod, 'L'exception de litispendance et l'arbitrage international', in Knoepfler (ed.), *Le juriste suisse face aux droits et aux jugements étrangers : ouverture ou repli ?* (1988), 71, pour qui *lis pendens* est un 'non-sujet par excellence', ou Lew (J.D.M.), "Concluding Remarks", in Cremades (B.M.)-Lew (J.D.M.), *Parallel State and Arbitral Procedures in International Arbitration* (2005), 311, qui affirme : « *There is no place for the concept of lis pendens in international arbitration. It will not and cannot resolve the problem of parallel and simultaneous forums.* »

²³⁴ **Ibid.**, pages 402-403

²³⁵ Cheng (Bin), *General Principles of Law as applied by International Courts and Tribunals*, Cambridge, Grotius Publications Ltd., 1987

²³⁶ **Pièce C607**, *Benvenuti and Bonfant SRL v. the Government of the People's Republic of the Congo*, 1 ICSID Rep. 340, Award, 15 August 1980, para.1.14, relatif à une procédure en cours devant une Cour de Brazzaville. Dans le même sens **RL-0032**, *Ivan Peter Busta and James Peter Busta v. Czech Republic*, SCC Case No. V 2015/014, Final Award, 10 March 2017, §211

²³⁷ V. **Mémoire**, §§273-280

²³⁸ V. **Réponse**, §§9(vi), 119-127

En outre, la procédure arbitrale initiée sur le for du CIRDI avec l'accord d'arbitrage le 3 novembre 1997 s'est terminée par la Sentence de réexamen du 13 septembre 2016 (v. *supra*, §48). Comme l'a affirmé la Décision du 2nd Comité *ad hoc* du 15 mars 2018 : « *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* »²³⁹

ii. Mme. Pey Grebe est successeur en droit de l'investisseur M. Pey Casado

137. M. Victor Pey Casado a comparu dans la présente procédure en sa qualité d'investisseur initial dans le groupe de presses CPP S.A., dont il est demeuré propriétaire jusqu'au 15 mars 2013 pour 10% du patrimoine total, titres et crédits.²⁴⁰

138. Comme il a été étayé dans la **Réponse**²⁴¹, Mme. Coral Pey Grebe a comparu dans la présente procédure en sa qualité de **successeur en droit** de M. Victor Pey et cessionnaire de 10% des actions de CPP S.A.²⁴²

139. M. Victor Pey Casado étant décédé le 5 octobre 2018 à l'âge de 103 ans, sa fille Mme. Coral Pey Grebe sollicite aujourd'hui respectueusement de le remplacer en qualité de successeur en droit.

140. Mme. Pey Grebe a invoqué dans la présente procédure l'autorité de la chose jugée de la SI, de la SR et des Décisions du 1^{er} et 2nd Comité *ad hoc* du CIRDI en ce qui concerne sa qualité de **successeur en droit** de M. Victor Pey en tant que cessionnaire de 10% des actions de CPP S.A., ce qui est conforme à l'interprétation que la SI et le 1^{er} Comité *ad hoc* ont faite de l'API (v. *supra*, §§9-14), de même qu'avec la doctrine des tribunaux arbitraux. Par exemple, le Tribunal de l'affaire *Compañía de Aguas del Aconquija S.A. and Vivendi Universal S.A. v. Argentine Republic*²⁴³ a considéré que

*72. (...) in line with the general notion of res judicata (...) it is generally recognized that the res judicata doctrine only applies where there is identity of the parties and of the "question at issue" -this second identity requirement being sometimes divided into the object (persona petitum) and the grounds (causa petendi)''.*²⁴⁴

²³⁹ **Pièce C461**, Décision du 15 mars 2018 du 2nd Comité *ad hoc* du CIRDI, §59

²⁴⁰ **Pièce C11**, contrat de cession des droits de M. Pey Casado à Mme. Pey Grebe du 15 mars 2013

²⁴¹ Voir la **Réponse**, §§15, 16, 127, 259

²⁴² La légalité de cette cession des actions est attestée dans la SI (§§537-544) et dans la pièce C11

²⁴³ **Pièce C608**, *Compañía de Aguas del Aconquija S.A. and Vivendi Universal S.A. v. Argentine Republic* ICSID Case No. ARB/97/3, Decision on Jurisdiction, 14 Novembre 2005, §72-73

²⁴⁴ [⁶⁰ Cheng, *General Principles of Law*, at 339-340 and 343-345 (who notes, however, that in his opinion an examination of international decisions throws some doubts upon the accuracy of the subdivision of the second requirement into *petitum* and *causa petendi*); Hanotiau, *The res judicata effect of arbitral awards*, at 48 ¶ 32.]

73. *The identity of the parties depends on whether Vivendi Universal is the successor-in-interest of CGE. As will be seen below, the Tribunal has come to the conclusion that Vivendi Universal is indeed the successor of CGE and shareholder of CAA. Hence, the requirement of identical parties is met.*

141. Le TSF suisse quant à lui applique la doctrine suivante :

« 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 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 (...). »²⁴⁵
[Soulignements ajoutés]*

142. Dans le présent forum Mme. Pey Grebe peut soumettre sa demande fondée sur l'API Espagne-Chili et a le droit d'agir conformément au Règlement CNUDCI, en sa qualité d'investisseur bénéficiaire de la Convention de double nationalité entre l'Espagne et le Chili, de 1958.²⁴⁶

143. La procédure arbitrale introduite par la demande soumise le 3 novembre 1997 est arrivée à sa fin dans la Sentence initiale du 8 mai 2008 et dans la Sentence de réexamen prononcée le 13 septembre 2016, les deux ayant depuis ces dates l'autorité de la chose jugée conformément à l'article 53(1) de la Convention du CIRDI. La deuxième Sentence a toutefois la particularité qu'à l'exception des décisions sur les frais, aucune des décisions ne confère à la Défenderesse de droits dont elle pourrait demander l'exécution, comme le 2nd Comité ad hoc l'a affirmé.²⁴⁷

²⁴⁵ Pièce C426, ATF 140 III 278 du 27 mai 2014, §4.2.1

²⁴⁶ V. dans la pièce C39, SR, §128 : « La Défenderesse soutient en outre que la compétence n'a pas été, et selon toute probabilité, ne peut pas être, établie à l'égard de Mme Pey Grebe, car l'article 25(2)(a) de la Convention CIRDI interdit les demandes présentées par des personnes ayant la double nationalité si l'une des nationalités concernées est celle de l'État défendeur (...). »

²⁴⁷ Pièce C461, §§58 et 62

144. Il n’y a donc pas de *lis pendens*, ni de risque de procédures parallèles, ni, par conséquent, de décisions contradictoires avec la présente procédure CNUDCI, et le présent Tribunal peut décider sur sa propre compétence.

iii. Inexistence de *bis in idem*

145. Comme on l’a vu *supra* (§36), les demandes soumises devant le présent Tribunal arbitral

- i. ont pour objet des actes ou des omissions de l’État du Chili enfreignant l’API qui sont distincts, dans le temps et dans leur contexte, de ceux commis avant les dates du 3 novembre 1997 et du 8 mai 2008²⁴⁸ sur lesquels le TI et le TR ont déclaré être compétents (v. §§35 *supra*) ;
- ii. elles ont une *causa petendi*²⁴⁹ dont la substance est distincte des demandes que la SI et la SR ont tranchées sur le fond dans le cadre de leur compétence (v. §§47 *supra*) ;
- iii. la SR elle-même a explicitement considéré que les actes postérieurs au 8 mai 2008 sont hors sa compétence (v. §§33-35 *supra*).

146. Conformément au droit applicable, aussi bien international que suisse, il n’y a donc pas d’identité possible entre l’objet et la *causa petendi* de la demande CNUDCI et celle tranchée sur le fond par les Sentences du CIRDI des 8 mai 2008 et 13 septembre 2016, comme il a été étayé dans le **Mémoire** et la **Réponse** (v. *supra*, §§22, 136).

147. La *Reply* passe sous silence l’absence de ces éléments, essentiels pour déterminer l’identité entre deux demandes, lorsqu’elle ignore les demandes adressées au présent Tribunal arbitral relatives aux infractions commises de l’API, aux préjudices causés par celles-ci, à la responsabilité internationale de l’État du Chili qui en découle, et se borne à constater une similitude formelle dans le corollaire -l’évaluation du *quantum* des dommages subis par les investisseurs établi dans les Rapports des experts d’Accuracy de 2014 et 2018. Or, comme on

²⁴⁸ Voir le **Mémoire** du 6 janvier 2018 (page 20 et ss ; §§342, 431, 551) et la **Réponse** du 17 septembre 2018 (§§103, 170, 293, 316)

²⁴⁹ Voir le **Mémoire** du 6 janvier 2018 (§§149, 277-280) et la **Réponse** du 17 septembre 2018 (§§69, 96, 97, 118, 137-149, 152, 225)

l'a vu *supra* (§§35, 83-85, 117-125), cette évaluation est fondée sur les infractions à l'API nouvelles ou que la SR a exclues de sa compétence.²⁵⁰

148. Il n'y a donc pas de *bis in idem*.

iv. Inexistence d'abus de procédure

149. Cette question a été étayée et développée *in extenso* dans les **Observations** des Demanderesses du 8 novembre 2012²⁵¹ sur la demande de bifurcation de la compétence et du fond formulée par l'État Défendeur. Ces Observations sont réitérés autant que de besoin.

150. Il n'y a pas et il ne peut avoir en l'espèce aucun abus de procédure de la part des Demanderesses. Il y en a, par contre, de la part de l'État Défendeur (v. infra, « la mauvaise foi de la Reply de l'État Défendeur » (§§215-218).

3. L'État a reconnu l'existence de l'investissement de M. Pey après l'entrée en vigueur de l'API devant le Tribunal arbitral, qui dans sa Sentence en a tiré les conséquences

i. L'existence après 1994 de l'investissement dans CPP S.A. a été reconnue par l'État devant le Tribunal arbitral initial. Estoppel.

151. Dans sa *Reply* l'État du Chili se heurte aux principes d'acquiescement et d'estoppel dès lors qu'il avait reconnu devant le TI l'existence de l'investissement au sens des articles 1(2) et 2(2) de l'API -tout en questionnant sa qualité d'investissement « étranger »- comme l'attestent, entre autres :

1. La lettre du Ministre de l'Économie du Chili au Secrétaire Général du CIRDI, du 30 novembre 1998, ne met pas en question l'existence de l'investissement mais la qualité « étrangère » de celui-ci :

« le demandeur (...) dans sa demande d'arbitrage, présentée le 3 novembre 1997, il déclare que les fonds destinés à acquérir les 40.000 actions du « Consortium Publicitaire et Périodique S.A » furent remis au vendeur en Europe ; c'est-à-dire (..) ne pouvait pas ni n'a pu accréditer avoir la qualité d'investissement étranger en accord avec la législation du pays

²⁵⁰ Voir le 1^{er} **Rapport** des experts d'Accuracy du 22 décembre 2017

²⁵¹ **Observations** des Demanderesses du 8 novembre 2012, voir notamment les §§15-35

récepteur, au cas présent le Chili, enfreignant en cela, à nouveau, l'Accord qui confère compétence au CIRDI pour connaître de ces controverses.»²⁵².

2. La déclaration du représentant de l'État du Chili devant le Tribunal initial du CIRDI en juin 2001 s'engageant

« 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 »²⁵³ (soulignement ajouté).

La Décision du 1^{er} Comité *ad hoc* a mis en relief cet engagement :

« Le Comité relève le paragraphe 63 de la Décision du Tribunal relative aux mesures conservatoires²⁵⁴ :

63. S'agissant d'une décision visant des indemnisations, 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. »²⁵⁵ [Soulignement ajouté]

En effet, la déclaration par écrit du représentant de l'État du Chili devant le TI le 14 mai 2001 a engagé l'État Défendeur dans les termes suivants²⁵⁶ :

²⁵² **Pièce C609**, pages 2 et 4 : « *el propio solicitante ha declarado en reiteradas ocasiones que nunca ha efectuado transferencias de capital a Chile para realizar su supuesta inversión. En efecto, ya en su solicitud de Arbitraje, presentada el 3 de noviembre de 1997, declara que los fondos destinados a adquirir las 40.000 acciones del Consorcio Publicitario y Periodístico Sociedad Anónima fueron entregados al vendedor en Europa; es decir, reconoce que no hubo transferencias de capitales a Chile para efectuar esta ficticia inversión extranjera (...). No obstante lo anterior, el Centro procedió a registrar [el 4-04-1998] una solicitud que no pudo ni ha podido acreditar que tenía la calidad de inversión extranjera de acuerdo a la legislación del país receptor, en este caso Chile, infringiendo con ello, nuevamente, el Acuerdo que otorga competencia al CIADI para conocer de estas controversias. De la información y dichos del propio solicitante, se desprende que la diferencia se halla manifiestamente fuera de la jurisdicción del CIADI, y que al tenor de lo establecido en el Artículo 36 (3) del Convenio, no debió haberse registrado.* »

²⁵³ **Pièce C520**, Décision 25 septembre 2001 du TI sur la demande de mesures conservatoires sollicitées par les Demanderesses envers la Décision n° 43, §63

²⁵⁴ **Ibid.**, §63

²⁵⁵ **Pièces C15**, Décision du 1er Comité *ad hoc* du 18 décembre 2012, §242

²⁵⁶ **Pièce C610**, lettre du 14 mai 2001 adressée au TI par «*Joaquín Morales Godoy, Fiscal Comité de Inversiones Extranjeras en representación del Estado de Chile.* » Le Chef de l'État du Chili a nommé le 20 avril 1998 le Fiscal -responsable des affaires légales- du Comité des Investissements étrangers en qualité de représentant de l'État dans la procédure arbitrale du CIRDI, ce qui est attesté dans la **pièce C612**.

« 1. (...) l'exécution au Chili de la Résolution 43 et le paiement d'une indemnisation a des tiers qui ont fait valoir leurs prétentions devant l'autorité administrative chilienne, n'implique, en aucun cas, qu'une éventuelle sentence arbitrale en faveur de monsieur Victor Pey et de la Fondation Allende ne sera pas respectée par la République du Chili. Ces deux faits n'ont aucune relation entre eux. (...)

« 1.1. La prétention de la partie plaignante exposée dans sa Mémoire du 17 mars 1999, se réfère à une obligation de genre, c'est-à-dire, à une indemnisation monétaire et non à des biens spécifiques. Dans le cas où le Chili serait condamné, son obligation est de genre et devrait être exécutée à même les fonds publics, ce qui est parfaitement factible, même si des indemnisations ont été payées antérieurement à d'autres demandeurs.(...)

« Comme il a déjà été indiqué, la prétention de la partie demanderesse, exprimée dans sa Mémoire du 17 mars 1999, se réfère à une **obligation de genre**, c'est-à-dire qu'en définitive, elle prétend obtenir une indemnisation monétaire. Elle n'a jamais demandé autre chose, n'a jamais sollicité la restitution d'un bien en particulier. La République du Chili, lorsqu'elle donne cours légal à l'indemnisation établie par la Résolution N°43, ne suscite aucun type de dommage à la contrepartie et bien évidemment aucun irréparable. (...)

« le Chili estime inacceptable que par le biais d'une requête de mesures conservatoires que nous venons de commenter, on insinue indirectement que ce dernier ne respectera pas les résolutions que ce tribunal puisse dicter, même si auparavant, des paiements d'indemnisations ont été effectués à des tierces personnes. »²⁵⁷ [Soulignement ajouté]

Cet engagement formel de l'État a eu comme conséquence que la Décision du TI du 25 septembre 2001 ait considéré qu'il n'était pas nécessaire d'ordonner les mesures conservatoires sollicitées par les Demanderesses:

« 62. (...) La Partie défenderesse a objecté (observations du 24 mai 2001, n° 1.1 et transcript des plaidoiries du 21 juin 2001, page 46) que 'la prétention de la Partie plaignante ... se réfère à une obligation de genre, c'est à dire à une indemnisation monétaire, et non à des biens

²⁵⁷ « 1. (...) la ejecución de la Resolución 43 en Chile y el pago de una indemnización a los terceros han hecho valer sus pretensiones ante la autoridad administrativa chilena, no implica, de ninguna manera que un eventual laudo a favor de don Víctor Pey y la Fundación Presidente Allende en el presente juicio arbitral no va ser respetado por la República de Chile. Ambas circunstancias no guardan relación alguna entre ellas. (...) 1.1. La pretensión del demandante, expresada en su Memorial de Demanda [de 17 de marzo de 1999], se refiere a una **obligación de género**, esto es, una indemnización en dinero y no a bienes específicos. **En el caso de ser Chile condenado, su obligación es de género, la que habría de cumplirse con los fondos públicos, lo cual es perfectamente posible aunque se hubiesen pagado indemnizaciones con anterioridad a otros peticionarios.** La eventual y muy remota obligación de pago que podría generarse para el Estado de Chile en este juicio arbitral consistiría siempre en dar o entregar una determinada suma de dinero y en ningún caso entregar bienes específicos o determinados que sea necesario resguardar. (...) la pretensión del demandante, expresada en su Memorial de Demanda [de 17 de marzo de 2001], se refiere a una obligación de género, es decir, lo que busca en definitiva es una indemnización monetaria. Nunca ha planteado cosa distinta ni nunca ha solicitado la restitución de bien específico alguno. La República de Chile, al haber dado curso legal a la indemnización que establece la Resolución N° 43, no genera ningún tipo de daño a la contraparte y obviamente ninguno irreparable. 1.2 (...) Chile estima inacceptable y lesivo que mediante la solicitud de medidas provisionales que comentamos, indirectamente se insinúe que no **cumplirá las resoluciones que en derecho este tribunal pueda dictar** en cuanto previamente se hayan realizado pagos de indemnizaciones a terceras personas. » [Subrayado agregado]

spécifiques ‘. Elle en déduit que la mesure conservatoire sollicitée ne se justifie pas car ‘dans le cas où le Chili serait condamné, son obligation est de genre et devrait être exécutée à même les fonds publics... même si des indemnisations ont été payées antérieurement à d’autres demandeurs’. La Partie défenderesse ajoute qu’ ‘une mesure conservatoire pourrait être pertinente dans le cas de biens spécifiques en litige dont la propriété ‘ est disputée—cela pourrait donc être le cas si la Décision Ministérielle n° 43 avait pour objet de déterminer la propriété des actions des entreprises CCP S.A. et Clarin Ltée, **ce qui, ainsi qu’on l’a vu, n’est pas le cas.**

« 63. S’agissant d’une décision visant des indemnisations, elle n’est de toute façon, comme indiqué plus haut, pas opposable aux Parties demanderesse 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. »²⁵⁸

3. La déclaration du représentant de l’État du 6 mai 2003 devant le Tribunal initial a également reconnu « l’invalidité » (§667), « l’illégitimité » (nbp 617), « l’illégalité » (§677) de la confiscation des biens de CPP S.A. et d’EPC Ltée et le devoir de l’État d’indemniser les propriétaires des actions.²⁵⁹

Or la *Reply* ne tient pas compte

- du fait que si un tribunal international déclare qu’un acte juridique interne est illégal en droit international, cet acte est nul aux fins du droit international²⁶⁰, avec des effets *erga omnes* ;
- que, comme l’a rappelé le second Arrêt dans le cas *AMCO c. Indonesia*, :

*“It is well established in international law that the value of property or contract rights must not be affected by the unlawful act that removed those rights”*²⁶¹;
- que c’est également un principe de droit international que la République du Chili est tenue de réparer intégralement les conséquences de ses actes illicites en remettant les investisseurs dans la situation qui aurait été la leur si les actes illicites n’avaient pas eu lieu.²⁶² Comme les Demanderesses ont rappelé à S.E. le Président du Chili le 4 février

²⁵⁸ Pièce C520, Décision du TI du 25 septembre 2001 sur les Mesures Conservatoires sollicitées par les Parties

²⁵⁹ Pièce C14, SI, voir les §§665-674, 677, 678 et les notes de bas de page 617 et 623

²⁶⁰ *Idler (USA) v Venezuela*, J Moore, The History and Digest of International Arbitrations to which the United States has been a Party, 3491, in 3516-3517 (1885), accessible à <https://bit.ly/2oixePO>

²⁶¹ Pièce C269, *AMCO c. Indonesia*, Award, ICSID, 31 May 1990, para.187, in (1992) 89 ILR 368

²⁶² Pièce C246, *Factory at Chorzow (Merits)*, PCU, Series A, No 17 (1928), Sentencia du 13 septembre 1928, p 47, accessible à http://www.icj-cij.org/pcij/serie_A/A_17/54_Usine_de_Chorzow_Fond_Arret.pdf.

2013²⁶³, cette doctrine a été appliquée par la Cour Internationale de Justice dans l'affaire *Jurisdictional Immunities of the State (Germany v Italy : Greece Intervening)*²⁶⁴ à une décision interne de la République italienne que la Cour a considérée contraire à une norme internationale :

« Les décisions et mesures contraires (...) qui sont encore en vigueur doivent cesser de produire effet, et les effets de ces décisions et mesures qui se sont déjà produits doivent être supprimés, de telle sorte que soit rétablie la situation qui existait avant que les faits illicites ne soient commis. (...). En particulier, la circonstance que certaines des violations commises (...) aient pu acquérir du point de vue du droit interne italien un caractère définitif, n'est pas de nature à faire disparaître l'obligation de restitution à la charge de l'Italie. En revanche, la défenderesse a le droit de choisir les moyens qui lui paraissent les mieux adaptés en vue d'atteindre le résultat qui doit être obtenu. Ainsi, elle a l'obligation d'atteindre ce résultat par la promulgation d'une législation appropriée ou par le recours à toute autre méthode de son choix également capable de produire cet effet » (pp. 137, 139).

ii. La Sentence initiale a établi l'existence de l'investissement de M. Pey au sens de l'API après 1994, res iudicata

152. Dans sa *Reply*²⁶⁵ l'État du Chili se heurte également à l'autorité de la chose jugée, la SI ayant clairement établi l'existence de l'investissement des Demanderesses après l'entrée en vigueur de l'API et a conclu *que la défenderesse a violé son obligation de faire bénéficier les demanderesses d'un traitement juste et équitable, en ce compris celle de s'abstenir de tout déni de justice et que les demanderesses ont droit à compensation.*²⁶⁶

iii. Le 1^{er} Comité ad hoc du CIRDI a confirmé l'existence de l'investissement de M. Pey après 1994.

153. L'État du Chili se heurte également à la *res iudicata* du rejet par le 1^{er} Comité ad hoc de la prétention de l'inexistence de l'investissement. Les arguments de l'État que le Comité du CIRDI a rejetés méritent d'être rappelés *in extenso*, tant ils sont identiques à ceux allégués, replaidés, dans la *Reply* :

Décision du 1^{er} Comité ad hoc²⁶⁷ :

« 162. La principale question soulevée par le Chili au regard de l'article 52(1)(e) est celle de savoir si le Tribunal a omis de motiver sa décision de se reconnaître compétent pour statuer sur le dommage allégué

²⁶³ Pièce C145, Proposition d'accord amiable adressée par les Demanderesses à S.E. le Président du Chili le 4 février 2013

²⁶⁴ *Jurisdictional Immunities of the State (Germany v Italy: Greece Intervening)*, Sentence du 3 Février 2012, accessible à <http://www.icj-cij.org/docket/files/143/16883.pdf>

²⁶⁵ V. la *Reply*, §§8, 16, 23, 41, 69-76

²⁶⁶ Pièce C14, SI, voir les pages 33 à 105 et les points 1 à 3 du Dispositif de la SI

²⁶⁷ Pièce C15, §§162-168, citations omises

causé à un investissement qui, selon le propre raisonnement du Tribunal, avait disparu plus de vingt ans avant l'entrée en vigueur de l'API, et, par conséquent, n'aurait pu constituer un «investissement existant» ni à ce moment-là, ni au moment des actes ultérieurs de l'État constituant selon le Tribunal le fondement de la responsabilité [la Décision 43 et le déni de justice qui lui est lié].

« 163. Le Chili soutient que le Tribunal n'a pas appliqué les articles 1(2) et 2(2) de l'API selon les termes suivants :

“416. Here, the Republic asserts that the Tribunal manifestly exceeded its powers because it improperly asserted jurisdiction over alleged post-BIT acts by Chile that could not have affected any investment of Claimants, for the simple reason that Claimants had no investment still existing at the time of the alleged acts. The Tribunal correctly noted at the outset of its analysis in the Award that Articles 1(2) and 2(2) of the BIT permitted claims only for investments that were “already existing at the time of entry into force of the BIT”:

Il est clair, en revanche, 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.

“417. The foregoing necessarily means that an investment that had terminated before the date of the BIT's entry into force (i.e., that was no longer “existing” on that date) would be outside the scope of the BIT. However, and incongruously, the Tribunal then failed to identify an investment by Mr. Pey that was still “existing” upon entry into force of the Chile-Spain BIT in 1994. In other words, having first articulated correctly what the BIT required by way of analysis for application of Articles 1(2) and 2(2), it then simply failed to apply such requirements to Claimants.

“418. It bears recalling that the investment Mr. Pey allegedly made ceased altogether to exist in 1973, upon the *de facto* confiscation of *El Clarín*, or at the latest in 1975, upon the issuance of Decree No. 165 formally expropriating *El Clarín* and definitively dissolving the relevant corporate entities (CPP and EPC).

The Tribunal itself conceded this key point when it concluded that the expropriation of *El Clarín* was an “instantaneous” act that concluded when it happened in the 1970s. This means necessarily that Claimants' investment was extinguished at that time. The Tribunal did not purport to suggest that the “investment” somehow continued to exist independently of the property that was expropriated, or that every subsequent disposition by the Government of the expropriated property constituted a new “expropriation” affecting the original owners. To the contrary, the Tribunal's conclusion was precisely the opposite: that the expropriation of *El Clarín* was not a “continuing” act.

“419. Given the Tribunal's conclusions in this regard, it is impossible to discern what “investment” the Republic harmed when it undertook the acts that the Tribunal concluded were post-entry into force violations of the BIT. The Tribunal simply does not address this issue at all in the Award. But if *El Clarín* was expropriated definitively at the latest by 1975, as the Tribunal conceded, and if Claimants furthermore did not allege the existence of any other investment, what investment by Claimants could possibly have existed past 1994, the year the BIT entered into force? What was the investment that was harmed by the post-1994 acts that formed the basis of the Tribunal's finding of responsibility against Chile?

“420. The Tribunal assumed jurisdiction despite the fundamental logical and legal flaws identified above, eliding the absence of an investment and then ruling in Claimants' favor. The Republic could not have foreseen this outcome during the underlying proceedings, as no acts other than the expropriation itself had been the subject of a claim in the arbitration. Claimants had argued that the expropriation of their original investment should be deemed a “continuing” one that for that reason should be deemed to exist past the date of the BIT's entry into force, but they had never argued either (a) that the investment *itself* was somehow a “continuing” one; or (b) that they had made some other (different) investment that was covered by the BIT and that was harmed by Chile's purported post-BIT acts.

“421. Accordingly, there was no reason for Chile to make any arguments in this regard, and no way it could have predicted that the Tribunal would rule in Claimants' favor on the basis of events that occurred long after Mr. Pey's investment, which by the Tribunal's own reasoning had long before been definitively extinguished. It was only upon reviewing the Award that the Republic realized this fundamental inconsistency of the Tribunal's ruling, and that it had based its finding of responsibility on alleged post-1994 violations without identifying any investment still existing at the time of those acts. Claimants' waiver argument therefore fails.

“422. Claimants also now contend, in their Counter-Memorial, that despite the language of the treaty, and despite the Tribunal’s acceptance that such language required an “existing” investment at the time of the BIT’s entry into force, the BIT in fact does not require that the alleged investment still be in existence at the time of the BIT violation. They therefore apparently argue that it is possible to breach a particular BIT even if there is no investment in place that is subject to the BIT’s protection. This is an unsustainable position, because it means that any investment made at any point in the past (no matter how long before the BIT’s entry into force) somehow continues to enjoy protection under the BIT *ad aeternitatem*. As a matter of logic and common sense, this cannot be correct; more importantly for purposes of this annulment proceeding, and in particular of the question of manifest excess of powers, it is directly at odds with the actual treaty language. As the Tribunal noted, the BIT requires an “existing” investment at the time of the BIT’s entry into force, and yet, it failed to identify any investment owned by Claimants that was still “existing” in 1994. This clear failure by the Tribunal to apply Articles 1(2) and 2(2) of the BIT was a manifest excess of powers, which compels annulment of the Award under Article 52(1)(b) of the ICSID Convention. [Soulignement et caractères italiques dans l’original]

« 164. À l’appui de son affirmation selon laquelle le Tribunal n’a pas motivé ses conclusions sur ce point, le Chili déclare :

485. The Tribunal also failed to state reasons on what the “existing investment” was; i.e. what investment Mr. Pey still had in Chile at the time the BIT entered into force and/or at the time the Republic undertook the challenged post-BIT acts. On this issue, the Tribunal reached the following conclusions in the Award:

(1) Articles 1(2) and 2(2) of the BIT required that there be an *existing investment* by Mr. Pey in 1994, when the BIT entered into force; and (2) the El Clarín newspaper had been completely expropriated—and thus the relevant investment had become extinguished—by 1975 at the latest; (3) the expropriation was instantaneous, and thus contrary to Claimants’ argument, it did not constitute a violation that was still continuing at the time the BIT entered into force; and (4) the post-BIT acts by Chile that the Tribunal ultimately found to be treaty violations—Decision 43 and the alleged delay in local court proceedings regarding the Goss achine—were completely different, and distinct from, the 1975 expropriation.

“486. As a matter of pure logic, the foregoing cumulus of conclusions should have led the Tribunal to conclude that Mr. Pey had no investment that was still an existing one in 1994, at the time the BIT entered into force, and that therefore there was no proper basis for exercising jurisdiction over Mr. Pey’s claim. Yet the Tribunal simply proceeded to assert jurisdiction without explaining its solution to the foregoing conundrum. It did not explain if it was basing its assertion of jurisdiction on some theory that the investment made in El Clarín was somehow a “continuing” one even though, as explained above, it had determined that the exprop[r]iation of El Clarín had been definitely completed and terminated no later than 1975. But on the other hand, the Tribunal also did not explain if it was basing its assertion of jurisdiction on the existence of a *different* investment; that is, some *other* investment by Mr. Pey or by the President Allende Foundation—aside from the long-extinguished *El Clarín* investment—that could have been deemed to exist in 1994, when the BIT entered into force, or after that, when Chile committed the post-BIT acts that the Tribunal found objectionable. Instead, the Tribunal simply assumed—without any explanation or reasoning—the existence of some investment: “En revanche, 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[s], ces actes étant post[é]rieurs à l’entrée en vigueur du traité.”

“487. The Tribunal seemingly contented itself with noting that it had the authority to take into consideration pre-BIT events in order to give context to the post-BIT acts. However, this did not give the Tribunal the authority to elevate to the status of an “existing” investment one that, by the Tribunal’s own finding, had been clearly extinguished long before the BIT’s entry into force. [Caractères italiques dans l’original].” [Citations omises] (...)

« Analyse du Comité

167. *Le Comité est d’accord avec les Demanderesses. Il n’entre pas dans les attributions du Comité de dire qu’il est d’accord avec le raisonnement et la conclusion du Tribunal sur quelque question que ce soit (bien qu’il le soit sur cette question particulière). Cependant, il entre tout-à-fait dans ses attributions d’examiner le raisonnement et la conclusion du Tribunal sur chaque question soulevée par la Défenderesse, comme il l’a fait, et de s’assurer, au regard de ces motifs spécifiques, que le Tribunal n’a pas excédé ses pouvoirs, ni n’a omis de motiver sa décision.*

« 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 l'API*²⁶⁸.

*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 fin*²⁶⁹, *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*²⁷⁰.

*Ces principes ont été respectés par le Tribunal dans la section de la Sentence consacrée à l'application de l'API ratione temporis*²⁷¹. *Le Comité estime que le Tribunal n'a pas expressément abordé la question de l'investissement existant car elle n'avait pas été soulevée en ces termes par les parties dans la procédure arbitrale. Par conséquent, on ne peut pas considérer que le Tribunal n'a pas motivé sa décision. La demande en annulation de la Défenderesse sur le fondement de ce motif est par conséquent rejetée.*²⁷²

[Fin de la citation de la Décision du 1^{er} Comité *ad hoc*, soulignements ajoutés]

154. La doctrine citée dans cette Décision du 1^{er} Comité *ad hoc* a été alléguée dans la Réponse des Demanderesses, de même que celle d'autres tribunaux arbitraux.²⁷³

III. EXCEPTION SUR LA COMPÉTENCE N° 3 : « le Tribunal n'est pas compétent pour connaître des demandes concernant la prétendue inexécution de la Première Sentence »

155. Synopsis résumé de la *Reply* du 19 novembre 2018

<u>Argument de la Défenderesse</u>	<u>§§</u>	<u>Observation liminaire des Demanderesses</u>
Finality Rule would bar any claim that attempted to attribute the loss of the <i>El Clarín</i> enterprise to a post-award event	22, 23	Un tel <i>claim</i> (§22) n'a pas été soumis au présent Tribunal arbitral
	29	Le §29 manipule des arguments des Demanderesses en en dénaturant le sens. Citations hors contexte des §§121 et 108 (tronqué) de la Réponse des Demanderesses

²⁶⁸ 105 Voir Sentence, §§ 431-432

²⁶⁹ 106 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, § 135 [pièce C403]

²⁷⁰ 107 Voir *Mondev International Ltd. c. les États-Unis d'Amérique*, Affaire CIRDI ARB(AF)/99/2, Sentence en date du 11 octobre 2002, § 68 (ci-après « Sentence Mondev ») [pièce C142]

²⁷¹ 107 Voir *Mondev International Ltd. c. les États-Unis d'Amérique*, Affaire CIRDI ARB(AF)/99/2, Sentence en date du 11 octobre 2002, § 68 (ci-après « Sentence Mondev »).

²⁷² Le §76 de la *Reply* s'insurge contre cette confirmation de la SI par le 1^{er} Comité *ad hoc* en ignorant le rejet par ce dernier de la prétention du Chili

²⁷³ V. la *Réponse*, §§1, 250-253

<i>Lis pendens</i>	30-32 Nbp 75 32	<p>Citation tronquée du §119 de la Réponse, en en dénaturant le sens, et de la page 9 du Mémoire des Demanderesses La SR n'a pas été annulée à ce jour, et le Chili s'oppose à son annulation. La SI du 8 mai 2008 est <i>res iudicata</i> dès avant les violations de l'API commises après le 8 mai 2008</p> <p>La pièce C191²⁷⁴ prouve que cette nbp est une spéculation sans fondement</p> <p>Les motifs d'annulation de la SR aujourd'hui <i>sub lite</i> devant le 2nd Comité <i>ad hoc</i> ne sont pas pertinents dans la présente procédure. Rien dans la SR n'empiète sur la compétence du Tribunal arbitral sur une demande qui porte sur l'occultation par l'État Défendeur de ses rapports stratégiques avec des membres d'une <i>chamber</i> dont sont membres deux arbitres du TR, constituant un conflit objectif apparent d'intérêts dont les faits ont progressivement été portés à la connaissance des Demanderesses depuis le 20 septembre 2016²⁷⁵</p>
Finality Rule	33-37	<p>L'affirmation dans le §33 n'a aucun fondement, comme le prouvent la pièce C501²⁷⁶ et les §§ 25, 113 du Mémoire, dont l'État manipule le sens.</p> <p>Il n'y a en l'espèce ni <i>res iudicata</i> ni <i>lis pendens</i>. La Décision du 2nd Comité <i>ad hoc</i> du 15 mars 2018 a considéré les termes suivants : « 79. Le Comité confirme que <u>les effets de l'autorité de la chose jugée et de la litispendance interdisent aux Demanderesses d'exercer 'tout autre recours' en rapport avec les demandes soumises à l'arbitrage CIRDI, comme le prévoit expressément l'article 26 de la Convention. Les Demanderesses n'ont par conséquent pas le droit de présenter les mêmes demandes soumises dans cette affaire devant une autre instance nationale ou internationale et cette instance devrait rejeter ces demandes pour incompétence.</u> 80. Toutefois, ces principes 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. » [Pièce C461]</p> <p>Les demandes formulées sous les Règles de la CNUDCI sont « nouvelles », résultent de violations du TBI qui se sont produites après la « date critique » du 3 novembre 1997 et « ne sont pas identiques » à celles sur lesquelles un Tribunal du CIRDI a considéré être compétent</p>
	38	L'objet et la <i>causa petendi</i> des demandes formulées devant le Tribunal CNUDCI ne sont pas identiques à ceux sur lesquels un autre Tribunal international aurait établi sa compétence et aurait tranché le différend correspondant avec l'autorité de la chose jugée

²⁷⁴ **Pièce C191**, Communication du 21 avril 2017 des parties Demanderesses au Secrétaire Général du CIRDI sollicitant qu'il soit mis fin à l'instance d'interprétation de la Sentence arbitrale du 8 mai 2008, affaire *Victor Pey Casado et Fondation Président Allende c. la République du Chili* (cas CIRDI No. ARB-98-2-interprétation)

²⁷⁵ **Pièces C171 et C172** (en français) et **C172e**, Déclaration publique du Ministre des AA.EE. chilien

²⁷⁶ **Pièce C501**, Décision du 2nd Comité *ad hoc* du CIRDI, du 9 août 2018

44-50 47	<p>La convention du CIRDI n'indique nulle part que le CIRDI serait compétent pour ce qui concerne l'exécution des obligations établies dans une Sentence du CIRDI ayant l'autorité de la chose jugée.</p> <p>La <i>Reply</i> y fait une confusion/amalgame entre, d'une part, « le préjudice » dont la cause est la Décision 43 du 28 avril 2000 et le déni de justice qui lui est lié -que la SI et le 1^{er} Comité déclarent prouvés - et, d'autre part, « l'évaluation » pécuniaire de ce préjudice formulée par les Demanderesses devant le TR - que la SR a considéré hors sa compétence.</p> <p>Le motif de l'annulation par le 1^{er} Comité <i>ad hoc</i> de « l'évaluation du quantum des dommages-intérêts » effectuée dans la SI a été le suivant : « <i>Le problème ne réside pas non plus en soi dans la méthode retenue par le Tribunal pour évaluer les dommages subis par les Demanderesses. La question réside précisément dans le raisonnement suivi par le Tribunal pour déterminer les modalités de calcul appropriées qui, comme cela a été démontré ci-dessus, est manifestement contradictoire.</i> »²⁷⁷ [Soulignement ajouté]</p>
48	La SR a considéré dans le §216 que les actes commis par l'État après le 3 nov. 1997 étaient hors sa compétence. La demande CNUDCI porte sur des actes ou omissions postérieurs au 8 mai 2008.
49	Les différends soumis auprès du Tribunal CNUDCI sont distincts, et sont nés à des dates différentes, de ceux soumis devant le TI du CIRDI sur lesquels le TR s'est déclaré compétent.
50	La décision du TR porte sur la controverse qu'il a considéré relever de sa compétence, celle soumise le 3 novembre 1997 (§216). Les violations de l'API soumises devant le Tribunal CNUDCI ont été commises après le 8 mai 2008.
52	L'attribution qui y est faite aux Demanderesses n'a pas de rapport avec la citation dans la nbp 129 sur laquelle elle se fonde. Le §226 de la Réponse des Demanderesses affirme : « <i>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.</i> »
53-63 60	<p>La demande de restitution des préjudices consécutifs accessoires à la défense de l'investissement -une controverse surgie entre les parties <u>après le 8 mai 2008</u>- ne comprend pas les montants remboursés par la Défenderesse. L'article 49 de la Convention du CIRDI n'est pas applicable compte tenu de la conclusion du §216 de la SI sur la compétence.</p> <p>Ces préjudices font partie de la <i>restitutio in integrum</i> du préjudice dont le point 3 du Dispositif de la SI a établi le droit à compensation des Demanderesses.</p> <p>La <i>Reply</i> appuie sa prétention sur la Sentence de l'affaire <i>Petrobart</i> dont ni l'objet ni la <i>causa petendi</i> ne concernent la <i>restitutio in integrum</i> des préjudices qu'une Sentence aurait condamné à indemniser avec l'autorité de la chose jugée, à la différence de ce que disposent les points 2 et 3 du Dispositif de la SI de l'affaire <i>Pey et FPC c. l'État du Chili</i></p>

²⁷⁷ Pièce C15, Décision du 1^{er} Comité *ad hoc*, §286

--	--	--

Preuves

Les Sentences arbitrale des 8 mai 2008 (Dispositif, point 2) et 13 septembre 2016 (§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... »*

Les pièces factuelles citées dans le **Mémoire** (Section III, §§15-48), dont les pièces C53, C56, C57, C59, C145, C156-C158, C191, C409, C501, C596f. Les arrêts cités de la Cour Suprême du Chili.

Développement

L'État du Chili s'est engagé en 2001 et 2003 devant le Tribunal arbitral du CIRDI à une obligation juridiquement contraignante, de comportement et de résultat, fondée sur le Traité et la Sentence arbitrale. *Res iudicata*

156. Cette section répond en particulier aux §§ 77-83 de la *Reply*.

157. La présente controverse est relative à un investissement des Demanderesses au sens de l'API qui, conformément à la rédaction littérale, contextuelle, de son article 10(3) et de l'objet et la finalité de l'API- est dans le domaine la compétence du présent Tribunal arbitral. Comme l'affirme Wehland²⁷⁸ :

The starting point for any treaty interpretation is the ordinary meaning of the relevant treaty provision.¹³⁶²⁷⁹ Where a dispute resolution clause refers to 'any' or 'all' disputes, such wording will typically be understood to include all types of investment-related claims, irrespective of their origin. This was the view expressed by the ad hoc annulment committee in Vivendi, when pointing out that 'literally, the requirements for arbitral jurisdiction in Article 8 [of the Argentina-France BIT] 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

²⁷⁸ **Pièce C591**, Wehland (H.), *Determining jurisdiction of Competing Forums in the Context of Investment Disputes* (v. *supra*, nbp 108), §§3.66, 3.67

²⁷⁹ [Art. 31(1) VCLT provides that '[a] treaty shall be interpreted in good faith in accordance with the ordinary meaning to be given to the terms of the treaty in their context and in the light of its object and purpose']

BIT'.¹³⁸²⁸⁰ That a clause referring to 'any' or 'all' disputes normally suggests a broad reading is typically admitted even by those arguing in favour of a narrow interpretation.¹³⁹²⁸¹

In the case of some IIAs, additional support for an extensive reading can be derived from the context. Thus the circumstances may indicate that an investment treaty's signatories purposefully chose broad language for the investor-state dispute resolution provision, frequently in contrast to narrower formulations used elsewhere. For instance, the tribunal in SGS v. Philippines noted that the formulation 'disputes with respect to investments' used with regard to investor-state disputes under the relevant BIT could be contrasted with the more specific term '[d]isputes... regarding the interpretation or application of the provisions of this Agreement' used in the inter-state dispute resolution provision of the same treaty.¹⁴¹²⁸²

158. Comme le rappelle l'étude de Cheng, l'effet positif d'un jugement déclarant illégal un acte de l'État entraîne l'obligation de ce dernier de mettre fin à la situation irrégulière créée.²⁸³ Or, comme on l'a vu *supra* (§60(x)), la réponse du Ministre des AA.EE. du 27 novembre 2017²⁸⁴ démontre que l'État du Chili n'a pas la moindre intention d'accomplir l'obligation qui pèse sur la Défenderesse depuis que la Sentence arbitrale du 8 mai 2008 l'a condamnée pour les actes de discrimination et de déni de justice commis en violation de l'article 4 de l'API.

159. Comme il a été indiqué *supra* (§151(2)), et comme le 1^{er} Comité *ad hoc* a mis en relief²⁸⁵, le 21 juin 2001 l'État du Chili a fait devant le TI une déclaration qui crée en elle-même une obligation juridique dont le manquement cause préjudice:

²⁸⁰ [138. Vivendi v. Argentina (ICSID), Decision on Annulment of 3 July 2002, para. 55. See also Jan De Nul v. Egypt (ICSID), Award of 6 November 2008, para. 139; Siemens v. Argentina (ICSID), Award of 6 February 2007, para. 205; SGS v. Paraguay (ICSID), Decision on Jurisdiction of 12 February 2010, para. 129. In the case of the Argentina-France BIT, the ad hoc committee could rely on the additional argument that the treaty provision on the applicable law referred to 'the terms of any private agreements concluded on the subject of the investment', thus apparently acknowledging the possibility of a treaty tribunal deciding on contractual issues, see Vivendi v. Argentina (ICSID), Decision on Annulment of 3 July 2002, para. 60.]

²⁸¹ [139. See Griebel, 4(5) T.D.M. (2007), 13 with regard to Art. 26 E. See also SGS v. Pakistan (ICSID), Decision on Objections to Jurisdiction of 6 August 2003, para. 161; Griebel, 5 SchiedsVZ (2007), 309.]

²⁸² [141 See SGS v. Philippines (ICSID), Decision on Objections to Jurisdiction of 29 January 2004, para. 132 (emphases added). See also Vivendi v. Argentina (ICSID), Award of 21 November 2000, para. 55; Z. Douglas (2009), The International Law of Investment Claims, 380. While the tribunal in SGS v. Philippines ultimately held that it would decide only on the question of performance of the contractual obligations (rather than on their scope), this was explicitly considered to be a matter of admissibility rather than jurisdiction, see SGS v. Philippines (ICSID), Decision on Objections to Jurisdiction of 29 January 2004, para. 170]

²⁸³ **Pièce C299**, Cheng (Bin), General Principles of Law as applied by International Courts and Tribunals, Cambridge, Grotius Publications Ltd., 1987, 339, citant l'affaire de la C.I.J. *Haya de la Torre* (1951), ICJ Reports 1951, page 82 : « Dans son arrêt du 20 novembre, la Cour a jugé que l'octroi de l'asile par le Gouvernement de la Colombie à Haya de la Torre n'avait pas été fait en conformité de l'article 2, paragraphe 2, 'premièrement', de la Convention. Cette décision entraîne une conséquence juridique, celle de mettre fin à une situation irrégulière : le Gouvernement de la Colombie, qui a octroyé irrégulièrement l'asile, est obligé de le faire cesser. L'asile ayant été maintenu jusqu'à présent, le Gouvernement du Pérou est fondé en droit à en demander la cessation. » (**pièce C467**).

²⁸⁴ **Pièce C596f**, voir notamment la conclusion page 4

²⁸⁵ **Pièce C15**, Décision du 1er Comité *ad hoc* du 18 décembre 2012, §242

« 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. »²⁸⁶ [Soulignement ajouté]

En outre, le 6 mai 2003, i.e. dix ans après que la fin du régime de Dictature ait permis la restauration de l'efficacité de la Constitution comme Norme Suprême et deux ans après la Décision 43 du Ministère des Biens Nationaux d'indemniser la confiscation des biens de CPP S.A. à ses propriétaires, le représentant de l'État du Chili a reconnu devant le même Tribunal international l'invalidité, l'illégalité, l'illégitimité, de la confiscation de l'investissement dans le groupe de presse CPP S.A. par un acte administratif du Ministre de l'Intérieur.²⁸⁷ La confiscation sans indemnisation ordonnée dans le Décret-loi n° 73 de 1973²⁸⁸ était devenue de la sorte inefficace, *désuète* dans le sens que Hans Kelsen soutenait dans la seconde édition de *La Théorie Pure du Droit* selon laquelle l'efficacité d'une norme singulière est

“... the condition for the validity; efficacy is the condition in the sense that a legal order as a whole, and a single legal norm, can no longer be regarded as valid when they cease to be efficacious”²⁸⁹,

“Since on the one hand the effectiveness of a norm consists in the fact that it is actually observed by and large, and since on the other hand the validity of a norm consists in the fact that it ought to be observed and if not observed, then applied, therefore the validity of a norm must be distinguished from its effectiveness as an Ought from an Is. The confusion of the two concepts, the identification of validity with effectiveness, is all too frequent in traditional ethics and jurisprudence. Now even though validity and effectiveness are completely different, there nevertheless exists an essential relation between the two. Effectiveness is a condition for validity to the extent that a single norm and a whole normative order lose their validity—cease to be valid—if they lose their effectiveness or the possibility of effectiveness. (...)

The effectiveness of a norm—which is an Is—is the condition for the validity of a norm—which is an Ought—in the sense that a norm loses its validity when it loses its effectiveness or the possibility of effectiveness, but not in the sense that a norm has to be effective in order to be valid, since a norm becomes valid before it is effective and it can become effective only once it has become valid”²⁹⁰

²⁸⁶ Pièce 520, Décision du 25 septembre 2001 du TI relative à la demande de mesures conservatoires, §§63

²⁸⁷ Pièce C14, SI, §§667, 668, 674, 677, notes de bas de page 617 et 623 et points 1 à 3 du Dispositif

²⁸⁸ Pièce C28, Décret-loi n° 73, du 8 octobre 1973

²⁸⁹ Kelsen (H.), *The Pure Theory of Law*, 2nd edn, M Knight transl (Berkeley, University of California Press, 1967, page 211f

²⁹⁰ Pièce C659, Kelsen (H.), *Effectiveness, Validity, Positivity*, in *General Theory of Norms*, pages 139-140, traduction publiée en 1991 et on line par Oxford Scholarship Online en 2012

Ces déclarations du représentant de l'État du Chili en 2003 ont été acceptées par le Tribunal arbitral et constituent l'un des fondements de la Sentence arbitrale qui en a tiré les conséquences qui y figurent avec l'autorité de la chose jugée.²⁹¹

En droit international

«il est reconnu que des déclarations revêtant la forme d'actes unilatéraux et concernant des situations de droit ou de fait peuvent avoir pour effet de créer des obligations juridiques. Des déclarations de cette nature peuvent avoir et ont souvent un objet très précis. Quand l'État auteur de la déclaration entend être lié conformément à ces termes, cette intention confère à sa prise de position le caractère d'un engagement juridique, l'État intéressé étant désormais tenu en droit de suivre une ligne de conduite conforme à sa déclaration. Un engagement de cette nature, exprimé publiquement et dans l'intention de se lier, même hors du cadre de négociations internationales, a un effet obligatoire»²⁹²,

« la Cour rappelle que ces déclarations [de responsables] peuvent avoir des effets juridiques, dont certains ont été définis dans sa jurisprudence (affaires des Essais nucléaires et du Personnel diplomatique et consulaire des Etats-Unis à Téhéran). L'un des effets juridiques qui peuvent s'attacher à ces déclarations est qu'elles peuvent être considérées comme établissant la matérialité de faits, leur imputabilité aux États dont les autorités ont fait les déclarations et, dans une moindre mesure, la qualification juridique desdits faits. (...) Les déclarations auxquelles la Cour croit pouvoir se référer ne sont pas seulement celles qui figurent dans les pièces écrites et dans les plaidoiries présentées aux stades successifs de l'affaire, ni celles qui ont été faites par les Parties. (...). Il est non moins certain que la Cour peut tenir compte des déclarations publiques sur lesquelles l'une ou l'autre des Parties a spécialement appelé l'attention, et dont le texte, ou un compte rendu y relatif, a été produit comme preuve documentaire. »²⁹³

En conséquence la responsabilité objective internationale du Chili depuis le 8 mai 2008 comporte le devoir de respecter la règle violée, la cessation de la violation, l'assurance et garantie de non répétition selon les articles 29, 30(a), 30(b) du projet de la CDI sur la responsabilité de l'État pour fait illicite. Le manquement continu à ces devoirs est manifeste, l'État n'a produit aucune preuve d'avoir cessé la violation de la règle violée. Ce fait a causé des préjudices aux investisseurs-Demandeurs que l'État est tenu de réparer intégralement.

²⁹¹ **Pièce C14**, SI, §§667, 668, 674, 677, notes de bas de page 617 et 623 et points 1 à 3 du Dispositif

²⁹² **Pièces CL140 et CL141**, Cour Internationale de Justice, affaires *Essais nucléaires (Australie c. France)*, arrêt du 20 décembre 1974, C.I.J. Recueil 1974, p. 267, par. 43, et *Essais nucléaires (Nouvelle-Zélande c. France)*, arrêt du 20 décembre 1974, C.I.J. Recueil 1974, p. 472, par. 46

²⁹³ **Pièce C465**, C.I.J., affaire *Activités militaires au Nicaragua*, Arrêt, 27 juin 1986, §§71-72, accessible dans <https://bit.ly/2zNim06>

160. En matière d'arbitrage sur la protection des investissements, des tribunaux tels que ceux des affaires *Vivendi*²⁹⁴ et *Biwater*²⁹⁵ ont tenu compte de déclarations d'agents gouvernementaux dans leur appréciation d'un manquement à l'obligation d'un traitement juste et équitable.

161. D'autre part, comme on l'a indiqué, si un tribunal international déclare qu'un acte juridique interne est illégal en droit international²⁹⁶, cet acte est nul aux fins du droit international, avec des effets *erga omnes*. C'est le cas en l'espèce, de la « Décision 43 » du 28 avril 2000, devenue nulle du fait de la Sentence initiale avec l'autorité de la chose jugée, ce qui la prive de tout effet, de même que tous les autres actes contraires au Traité commis au détriment des investisseurs espagnols.

162. L'opposition de l'État dans les §§77-84 de la *Reply* à l'admissibilité de la demande des Demanderesse se heurte à un *estoppel*, à la bonne foi, à des comportements moralement discutables de la part de l'État du Chili et aux attentes légitimes des Demanderesses lorsqu'elles ont soumis leurs différends à l'arbitrage international.

163. Cette opposition est également contraire à l'autorité de la chose jugée de la SI et de la Décision du 1^{er} Comité *ad hoc*, imposant à l'État des obligations envers les Demanderesses qui sont protégées par l'article 10(5) de l'API et l'article 53 de la Convention du CIRDI.

164. Indépendamment de ces faits, à la différence de ce qu'affirment les §§80-81 de la *Reply*, le TR ayant exclu de sa compétence les questions surgies entre les parties après le 3 novembre 1997 et *a fortiori* après le 8 mai 2008 (§216), les questions postérieures surgies entre les parties ne relevaient pas de la compétence du TR selon les dires de la SR elle-même, qui ne les a pas tranchées.

165. Les allégations aux §§82-83 de la *Reply* concernent des arguments formulés dans une initiative processuelle interrompue avant qu'un Tribunal arbitral n'ait été constitué, qui n'a pas eu de suite, et ne comportait la renonciation d'aucun droit ou des conséquences juridiques.²⁹⁷

²⁹⁴ **Pièce C270**, *Compañía de Aguas del Aconquija SA and Vivendi Universal SA v Argentine Republic*, ICSID Case No ARB/97/3, Award, 20 August 2007, §§7.4.39, 7.4.42

²⁹⁵ **Pièce C140**, *Biwater Gauff (Tanzania) Ltd v United Republic of Tanzania*, ICSID Case No ARB/05/22, Award, 24 July 2008, §§497, 498, 624

²⁹⁶ *Idler (USA) v Venezuela*, J Moore: The History and Digest of International Arbitrations to which the United States has been a Party, 3491, in 3516-3517 (1885), accessible dans <https://bit.ly/2oixePO>

²⁹⁷ **Pièce C191**. Dans l'affaire *Barcelona Traction*, Arrêt du 5 février 1970, le Juge Morelli notait : « la procédure introduite par la requête de 1958 ayant été close par suite de désistement, il n'existe aucun obstacle de

IV. EXCEPTION SUR LA COMPÉTENCE N° 4: « le Tribunal n'est pas compétent pour connaître des demandes relatives aux *Essex Court Chambers* »

166. Synopsis résumé de la *Reply* du 19 novembre 2018

§§	<u>Observation liminaire des Demanderesses</u>
9, 84-100	Il découle des articles 10)1) et 4 de l'API que le présent Tribunal arbitral est compétent sur la controverse relative à l'obligation de l'État Défendeur de révéler l'information relative à l'existence d'un conflit apparent objectif d'intérêts avec la majorité des arbitres du Tribunal arbitral, ordonnée par le 28 ^{ème} Tribunal civil de Santiago le 24 juillet 2017 afin de fonder une action pour responsabilité extracontractuelle de l'État.
84-98	<p>La <i>Reply</i> y occulte l'essentiel aux effets de la demande CNUDCI, à savoir le torpillage du droit à l'arbitrage qu'a constitué la persistance continue de l'État Défendeur à occulter l'envergure stratégique de ses rapports avec des membres d'un groupement d'avocats, et les documents y afférents.</p> <p>Les questions relatives à la constitution d'un Tribunal du CIRDI et/ou à la procédure en rectifications d'erreurs matérielles contenues dans une Sentence du CIRDI, évoquées dans ces paragraphes de la <i>Reply</i>, sont hors la compétence du présent Tribunal arbitral et ne lui ont pas été soumise par les Demanderesses</p> <p>L'argumentation de substitution, la description que fait l'État dans ces §§84-94, est totalement inexacte voire vexatoire. Elle semble viser à débattre sur ces questions devant le présent Tribunal arbitral. Les Demanderesses ne le suivront sur ce chemin dès lors qu'elles sont sans rapport avec la demande des Demanderesses et manifestement hors la compétence du Tribunal CNUDCI.</p> <p>La question soumise au présent Tribunal de la CNUDCI consiste à déterminer si <u>l'occultation par le Chili</u> de l'information relative à l'envergure de ses paiements continus à des membres actuels des Essex Court Chambers depuis au moins 1998, et en particulier depuis 2005, constitue ou non une infraction à des droits protégés par le Traité. Il va sans dire que les Demanderesses doivent prouver l'existence de cet acte international illicite, et que cela relève du fond de l'affaire.</p> <p>Par contre, une question différente est de savoir si les CONSÉQUENCES de cette occultation par l'État -et son articulation avec la non-révélation par MM. Berman et Veeder de l'envergure des rapports entre leur <i>chamber</i> et la partie Défenderesse- constituent le motif d'annulation de la SR prévu à l'article 52(1)(a) de la Convention du CIRDI (un <i>vice dans la Constitution du Tribunal arbitral</i>). Il est manifeste que s'il considérait que ce motif est présent en l'espèce, le Comité <i>ad hoc</i> pourrait annuler la SR mais en aucun cas accorder une réparation pour un acte illicite international à l'encontre du Traité engageant la responsabilité de l'État du Chili.</p>

litispendance pouvant empêcher la Belgique de soumettre de nouveau à la Cour la même demande. Il ne fait pas de doute, d'autre part, qu'il était parfaitement loisible à la Belgique de saisir la Cour d'une demande différente», v. l'opinion individuelle du Juge Morelli, C.I.J., Rec. 1970, page 222, §1, accessible dans <https://bit.ly/2LEFxbI>

Preuves

Le §244 de la SR : « *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.* »

Les pièces factuelles citées

-dans le **Mémoire** (§§49-68), dont C110, C166, C169 à 172, C182, C183 ; C180 ; les pièces jointes nos. 8-10 et les pages 118-169 de la pièce C184 ; C186, C187, C195f, C196, C386, C387, C390, C390 bis, C405

-dans la **Réponse** aux exceptions sur la compétence, dont C478, C479, C481, C482, C483, C483 bis, C404, C480, C569f, C572, C573, C575, C576, 577, C578, et les décisions citées des tribunaux chiliens ;

-dans la présente **Duplique** (§§166-214), dont les pièces C600f, C611, C613 à C642, C644, C645, C651.

La Sentence *Claude Reyes et al v. Chile*, du 19 septembre 2006 (pièce C647 et §167 *infra*), de la Cour Interaméricaine des Droits de l'Homme.

Développement

167. L'injonction du 24 juillet 2017 du 28^{ème} Tribunal civil de Santiago a ordonné à la demande de la Fondation Président Allende le 27 juin 2017²⁹⁸ :

*« que soit décrétée la mesure préjudicielle de production de documents dont disposerait le Ministère des Affaires Étrangères visant à accréditer l'existence de paiements effectués par le Ministère des Affaires Étrangères ou tout autre organisme qui lui serait subordonné, à **tout membre ou avocat** du cabinet d'avocats dénommé Essex Court Chambers, de Londres (Royaume-Uni), depuis le 1er Janvier 2005 à ce jour. »*²⁹⁹ [Soulignement ajouté]

L'État avait l'obligation d'exécuter cette injonction en vertu, en particulier, de normes impératives pour lui, les articles 8(1)³⁰⁰, 25³⁰¹ et 13(1) de la Convention Américaine relative

²⁹⁸ **Pièce C195f**, Demande du 27 juin 2017 de la Fondation Président Allende auprès des juridictions chiliennes en vue de la production par le Ministre des AA.EE. des paiements effectués à des membres des Essex Court Chambers

²⁹⁹ **Pièce C196**, Résolution du 28^{ème} Tribunal civil de Santiago du 24 juillet 2017

³⁰⁰ L'article 8 dispose : « 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 »

³⁰¹ L'article 25 dispose : « 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 »

aux Droits de l'Homme³⁰² tel qu'interprétés et appliqués par la CIDH dans une affaire relative à un investissement, le cas *Claude Reyes et al v. Chile*, à savoir :

*Article 8(1) of the Convention does not apply merely to judges and judicial courts. The guarantees established in this provision must be observed during the different procedures in which State entities adopt decisions that determine the rights of the individual, because the State also empowers administrative, collegiate, and uni-personal authorities to adopt decisions that determine rights.*³⁰³

*In the same way as the American Convention, other international human rights instruments, such as the Universal Declaration of Human Rights and the International Covenant on Civil and Political Rights, establish a positive right to seek and receive information*³⁰⁴ (...)

*[b]y expressly stipulating the right to 'seek' and 'receive' 'information,' Article 13 of the Convention protects the right of all individuals to request access to State-held information, with the exceptions permitted by the restrictions established in the Convention. Consequently, this article protects the right of the individual to receive such information and the positive obligation of the State to provide it (...). The information should be provided without the need to prove direct interest or personal involvement in order to obtain it, except in cases in which a legitimate restriction is applied. (...) the right to freedom of thought and expression includes the protection of the right of access to State-held information (...).*³⁰⁵

*[T]he State's action should be governed by the principles of disclosure and transparency in public administration that enable all persons subject to its jurisdiction to exercise the democratic control of those actions, and so that they can question, investigate and consider whether public functions are being performed adequately. Access to State-held information of public interest can permit participation in public administration through the social control that can be exercised through such access.*³⁰⁶

Pour sa part, l'Arrêt de la Cour d'Appel de Santiago du 15 novembre 2018 a considéré que l'information sollicité par la Fondation espagnole et ordonnée dans l'injonction du 24 juillet 2017 ne portait pas « *sur une affaire confidentielle qui pourrait affecter l'intérêt ou la sécurité nationale ni les relations internationales* » :

« l'information requise, selon les termes qui seront énoncés, n'est pas comprise dans une Loi présentant un quorum qualifié qui aurait déclaré son caractère secret ou réservé, car cela consiste en la simple constatation quant à savoir si des avocats étrangers déterminés ont fourni des services rémunérés à l'État du Chili relativement à des affaires déjà achevées, afin, par cette voie, de justifier un éventuel conflit d'intérêts de ces professionnels à l'égard de matières dont ils auraient pu connaître en qualité d'arbitres

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. »

³⁰² L'article 13(1) dispose: "Toute personne a droit à la liberté de pensée et d'expression; ce droit comprend la liberté de rechercher, de recevoir et de répandre des informations et des idées de toute espèce..."

³⁰³ **Pièce C647**, *Claude Reyes et al. v Chile*, Inter-American Court of Human Rights Series C No 151, Judgment, 19 September 2006, §118

³⁰⁴ **Ibid.**, §76

³⁰⁵ **Ibid.**, §77

³⁰⁶ **Ibid.**, §86

devant le Tribunal du CIRDI. »³⁰⁷

1. Le droit d'accès des investisseurs à un Tribunal arbitral sans conflit apparent objectif d'intérêts constitue une controverse relative à un investissement au sens du Traité

168. En effet, les articles 4 et 10(5) de l'API, et en particulier le point 2 du Dispositif de la SI, obligent l'État chilien à accorder un traitement juste et équitable aux investisseurs Demandeurs, une obligation qui perdure comme l'ont affirmé le 1^{er} Comité *ad hoc*³⁰⁸ et la SR³⁰⁹, et qui constitue en soi-même un investissement également sous la protection de l'API (voir *supra*, §§27-32). Comme l'a conclu le Tribunal arbitral initial:

« l'obligation d'accorder un 'traitement juste et équitable' est souvent énoncée concurremment avec d'autres normes visant à assurer la protection de l'investissement direct étranger par les pays d'accueil. Il s'agit d'une norme de caractère 'absolu' et 'non contingent', c'est-à-dire une norme qui définit le traitement qui doit être accordé selon des termes dont le sens exact reste à déterminer en fonction d'un contexte spécifique d'application, à l'inverse des normes 'relatives' intégrées dans les principes du 'traitement national' et de 'la nation la plus favorisée' qui définissent le traitement requis eu égard au traitement accordé à d'autres investissements ». »³¹⁰

169. Or, alors que dans les circonstances spécifiques des investisseurs-Demandeurs l'accès à la défense de leur investissement devant un tribunal arbitral impartial et indépendant que leur offre l'article 10 de l'API fait partie, comme il a été développé dans la **Réponse**³¹¹, des obligations de l'État conformément à l'article 4 de l'API et les principes généraux du droit de la bonne foi, du *due process* et de la transparence, l'État du Chili a, d'abord, désobéi l'injonction du 24 juillet 2017 et ensuite, le 15 novembre 2018, l'Arrêt de la Cour d'Appel de Santiago du 15 novembre 2018 **a remplacé l'objet de la demande du 27 juin 2017** de la Fondation par un objet différent consistant à ordonner, *extra-petita*, que

« seulement (...) la production des documents où il serait établi si M. Franklin Berman QC et M. V. V. Veeder QC ont été représentants de l'État du Chili et rémunérés par ce dernier, et dans l'affirmative, la date et la désignation de la mission ». »³¹²

Or n'ayant jamais envisagé les Demanderesses que MM. Berman et Veeder aient été des « représentants de l'État du Chili », ni la Fondation Président Allende avait sollicité en 2017³¹³

³⁰⁷ Pièce C600f, Consid. 4^{ème}

³⁰⁸ Pièce C15, §168

³⁰⁹ Pièce C39, SR, §244 *in fine*

³¹⁰ Pièce C14, SI, §655

³¹¹ V. la Réplique, §§301-316

³¹² Pièce C600f, Considérant 5^{ème} de la Sentence de la Cour d'Appel de Santiago du 15 novembre 2018 annulant la Décision du 20 avril 2018 de Santiago (pièces C482f et C482e).

³¹³ Pièce C195f

ni l'injonction du 28^{ème} Tribunal civil du 24 juillet suivant³¹⁴ n'avait ordonné la production de documents relatifs à MM. Berman et Veeder mais à d'autres membres des Essex Court Chambers explicitement mentionnés -MM. Samuel Wordsworth, Alan Boyle, Simon Bryan, Stephen Houseman, Lawrence Collins, Christopher Greenwood³¹⁵- dont il avait été progressivement porté à la connaissance des Demanderesses à partir du 20 septembre 2016³¹⁶ qu'ils ont été engagés au service de l'État du Chili ou des organismes qui en dépendent (v. *infra*, §176).

170. Le seuil minimum du traitement juste et équitable dans l'arbitrage sur la protection des investissements comprend

- La protection des attentes légitimes et raisonnables,
- La bonne foi : *the standard includes the general principle recognised in international law that the contracting parties must act in good faith, although bad faith on the part of the State is not required for its violation.*
- La transparence, la consistance, la non-discrimination : *the standard also implies that the conduct of the State must be transparent,²⁵⁸ consistent²⁵⁹ and non-discriminatory, that is, not based on unjustifiable distinctions or arbitrary.*³¹⁷

171. Ces garanties, de même que le droit d'accès à la justice, sont également sous la protection du Pacte international relatif aux droits civils et politiques (article 14.1)³¹⁸, ratifié par le Chili en 1972, et des articles 8.1³¹⁹ et 25.2³²⁰ de la Convention Américaine relative aux Droits de l'Homme, en vigueur au Chili depuis le 21 août 1990.³²¹ En l'espèce, la controverse

³¹⁴ **Pièce C196**

³¹⁵ **Pièces C387f et C387**, demande du 7 décembre 2017 de la Fondation Président Allende au 28^{ème} Trib. Civil de Santiago réitérant que le Gouvernement doit exécuter l'injonction du 24 juillet 2017, §5

³¹⁶ **Pièces C171, C172** (en français) et **C172e**

³¹⁷ **Pièce C140**, *Biwater Gauff (Tanzania) Ltd v United Republic of Tanzania*, ICSID Case No ARB/05/22, Award, 24 July 2008, §602

³¹⁸ Article 14(1): "1. (...) *Toute personne a droit à ce que sa cause soit entendue équitablement et publiquement par un tribunal compétent, indépendant et impartial, établi par la loi, qui décidera (...) des contestations sur ses droits et obligations de caractère civil. (...).* »

³¹⁹ Voir *supra* §167

³²⁰ Article 25: "2. *Les États parties s'engagent: a. à garantir que l'autorité compétente prévue par le système juridique de l'État 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* »

³²¹ V. **pièce C643f**, CIADH -Affaire *Ordenes Guerra et al c. Chili*, Sentence du 29 novembre 2018, §15 : « *L'État a fait savoir que « le Chili vient à reconnaître sa responsabilité internationale totale pour la violation des droits aux garanties légales et à la protection judiciaire, consacrés aux articles 8 et 25 de la C[onvention] A[méricaine] des D[roits] H[umaines], en connexion avec l'obligation générale de respect des droits de la CADH et le devoir d'adopter des dispositions de droit internes, établies dans se articles 1.1 et 2, respectivement, au*

entre les parties est relative à l'investissement sous la protection de l'API et lorsqu'une revendication relative aux droits de l'homme est fondée sur le droit international coutumier, il ne saurait y avoir d'objection à ce qu'elle soit prise en compte par un tribunal établi conformément à un traité, à condition que la clause de règlement des différends du traité soit suffisamment large, ce qui est le cas de l'article 10(1) de l'API Espagne-Chili, qui ne restreint pas la compétence du présent tribunal arbitral aux seules violations des dispositions substantives du Traité (v. *supra*, §§81, 98-99).

172. L'État a enfreint cette obligation lorsqu'il s'est refusé à communiquer ou a occulté l'envergure de ses rapports de longue date et d'importance stratégique avec des membres d'une *chamber* anglaise -les Essex Court Chambers, ci-après « *ECCh* »), notamment **depuis qu'a été notifiée au Ministre des AA.EE. l'injonction du 24 juillet 2017 de produire les informations relatives aux paiements à des membres des Essex Court Chambers**. A ces dates Mme. Pey Grebe était la cessionnaire du 10% des actions de CPP S.A.

173. La Convention d'arbitrage du 3 novembre 2017 entre les parties dispose que

*«le Tribunal confirme qu'il a appliqué et qu'il continuera à appliquer tout au long de la présente procédure arbitrale les Lignes directrices de l'IBA sur les conflits d'intérêts dans l'arbitrage international (2004)».*³²²

L'État du Chili a manqué en l'espèce de manière délibérée et continue aux Lignes directrices 7(a) et 7(c), à savoir :

*« (a) **Chaque partie doit informer l'arbitre, le Tribunal Arbitral, les autres parties, l'institution d'arbitrage ou toute autre autorité de nomination s'il en a été désigné une, de toute relation directe ou indirecte l'unissant, ou unissant une autre société de son groupe, à l'un des arbitres.** (...)*

*(b) En application de la Règle Générale 7(a), **une partie doit fournir toutes les informations dont elle dispose** (...). »* [Caractères appuyés et soulignement ajoutés]

174. Cette obligation de révéler des parties a de nombreux précédents dans l'arbitrage international. L'un des plus récents est l'arrêt du 27 mars 2018 la Cour d'appel de Paris annulant une sentence arbitrale CCI lorsqu'une partie a fait valoir qu'après la reddition de la

préjudice des victimes qui sont mentionnés dans le rapport sur le fond. Il indique, en particulier qu'il a failli s'agissant des droits aux garanties légales pour n'avoir pas spécifié le droit des victimes présumées à obtenir une réparation dans le domaine civil. Il a également failli s'agissant du droit à la protection judiciaire en ne garantissant pas un recours effectif, en particulier, en ne faisant pas le nécessaire pour remédier aux violations des droits de l'homme.. »

³²² V. la Convention d'arbitrage du 3 novembre 2017 (§13.2). Ces Lignes directrices sont accessibles dans <https://bit.ly/2APqfCH>

sentence elle avait découvert que l'autre partie n'avait pas révélé qu'elle était cliente du cabinet d'avocats auquel appartenait l'un des arbitres :

« *Considérant que cette mission, qui s'est déroulée pendant le cours de l'instance arbitrale, et qui revêtait une incontestable importance aux yeux du cabinet auquel appartient M. Gerstenmayer était une circonstance de nature à créer un doute raisonnable quant à l'indépendance et l'impartialité de cet arbitre, étant au surplus observé qu'il résulte de l'attestation précitée de M. ... qu'en 2010 une mission avait été confiée par ... à ..., mission certes de faible importance, mais non déclarée par l'arbitre et **non rendue publique par le cabinet.** »³²³ [Soulignement ajouté]*

175. Les §§84-94 de la *Reply* passent sous silence les faits essentiels qui ont torpillé le droit à l'arbitrage des investisseurs demandeurs, dont le refus continu depuis le 24 juillet 2017 de révéler³²⁴ l'information relative à l'envergure des rapports de l'État avec des membres de ladite *chamber*, comme il a été étayé dans la **Réponse**.³²⁵

176. Or, plusieurs membres de cette *chamber* ont représenté l'État du Chili ou des entités sous son contrôle dans plusieurs procédures internationales et nationales qui se sont déroulées avant, pendant et après la procédure de Réexamen. Il en va ainsi en particulier de :

1. M. Samuel Wordsworth, qui a représenté le Chili devant la Cour Internationale de Justice dans les affaires suivantes :

 - Le *Différend Maritime (Pérou c. Chili)*, une affaire initiée le 16 janvier 2008 et achevée par jugement du 27 janvier 2014³²⁶. L'affaire était donc encore pendante lorsque la procédure de Réexamen de la SI a été initiée le 18 juin 2013, et lorsqu'un membre de cette *Chamber* a été nommé arbitre le 24 décembre 2013. Le jugement du 27 janvier 2014 n'est intervenu que quelques jours avant la confirmation de la nomination de M. V. V. Veeder, le 31 janvier 2014 ;

³²³ **Pièce C611**, Cour d'appel de Paris, Arrêt, 27 mars 2018, page 5

³²⁴ V. les **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]

³²⁵ V. la **Réplique**, §§304, 305, 312

³²⁶ **Pièce C613**, voir les informations disponibles sur le site de la C.I.J. : <https://www.icj-cij.org/fr/affaire/137>.

- L'affaire relative à l'*Obligation de négocier un accès à l'océan Pacifique (Bolivie c. Chili)*, initiée le 24 avril 2013 et achevée par jugement du 10 octobre 2018³²⁷. Cette affaire était donc également pendante tout au long de la procédure de Réexamen ;
 - L'affaire *Différend concernant le statut et l'utilisation des eaux du Silala (Chili c. Bolivie)*, initiée le 6 juin 2016, et encore pendante aujourd'hui³²⁸. Cette affaire a été initiée au cours de la procédure de Réexamen, près de trois mois avant la reddition de la SR, et se déroule actuellement.
2. M. Alan Boyle, qui représente également le Chili dans l'affaire *Différend concernant le statut et l'utilisation des eaux du Silala (Chili c. Bolivie)* décrite ci-dessus³²⁹ ;
 3. MM. Simon Bryan et Stephen Houseman, qui ont défendu Coromine Ltd. -associée de CODELCO, la plus grande entreprise de production et d'exportation de cuivre du monde, détenue en totalité par l'État chilien, en 2007³³⁰- dans une affaire en rapport avec la Compañía Minera Doña Inés de Collahuasi, dont le siège est au Chili³³¹ ;
 4. M. Lawrence Collins, membre de la même *chamber* depuis 2012³³², qui avait représenté l'État du Chili lors du procès en extradition du général Pinochet au Royaume-Uni en 1998-1999 pour être jugée en Espagne pour crimes de génocide, tortures systématiques et terrorisme à la demande, précisément, de la Fondation Président Allende³³³ ;
 5. M. Christopher Greenwood, conseil du Chili dans l'affaire *Pérou c. le Chili* devant la C.I.J.³³⁴

177. Si l'on se limite à ce qui a été soumis devant la Cour Internationale de Justice, la Défenderesse a donc été représentée par au moins un membre actuel de la *chamber* de manière

³²⁷ Pièce C614, voir les informations disponibles sur le site de la C.I.J. : <https://www.icj-cij.org/fr/affaire/153>.

³²⁸ Pièce C615, *Différend concernant le statut et l'utilisation des eaux du Silala (Chili c. Bolivie)* Voir les informations disponibles sur le site de la C.I.J. : <https://www.icj-cij.org/fr/affaire/162>.

³²⁹ Pièce C616. V. les informations publiées le 12 septembre 2018 par le Ministère chilien des affaires étrangères mentionnant MM. Wordsworth, Boyle et “the technical meetings of each team were held in the offices of the law firm Essex Court Chambers”, accessible dans <https://bit.ly/2RG5f7m>

³³⁰ Pièce C617, §2

³³¹ Voir le site <http://www.collahuasi.cl/es/>

³³² Pièce C618

³³³ Pièces C183en et C619es

³³⁴ Pièce C651, Jaskoski (M.) et al *American Crossings. Border Politics in the Western Hemisphere*, John Hopkins Univ. Press, 2015, page 57, citant dans la Note 69 le livre de Durán Pastene (Philipp), *La Hora de los Halcones: la trastienda del conflicto Chile-Perú en La Haya*, Ed. Planeta, 2013, pp. 115–120

continue au cours des deux dernières décennies. S'il n'existe pas à la connaissance des Demanderesses de statistiques officielles sur le coût moyen d'une procédure engagée devant la Cour Internationale de Justice, ce mont se chiffre, de l'aveu même de la Défenderesse, en dizaines de millions de dollars par procédure³³⁵. Ainsi l'atteste le Rapport officiel du 1^{er} juillet 2014 que l'Organe de Contrôle Général (Contraloría) de la République du Chili a effectué au Ministère des AA.EE., établissant le paiement de 3.797.423.273 pesos pour les seules 2011 et 2012 à des conseil étrangers dans une procédure devant la C.I.J.³³⁶

178. Les informations disponibles, non contestées par la Défenderesse, suggèrent donc que la République du Chili a une relation d'affaire continue avec cette *chamber* depuis au moins une quinzaine d'années³³⁷, pour un montant que l'on peut raisonnablement estimer à plusieurs dizaines de millions de dollars.

179. Dans n'importe quel cabinet d'avocats d'envergure internationale, un client aussi régulier sur des affaires de cette importance serait considéré comme un client d'importance stratégique. Dans ces conditions, il ne saurait être sérieusement soutenu que les liens entre cette *chamber* et la République du Chili sont insignifiants.

180. Ces liens entre la Défenderesse et la *chamber* n'ont pas été révélés par l'État du Chili après l'injonction du 24 juillet 2017 du 28^{ème} Tribunal civil de Santiago.

181. Par ailleurs, si l'on considère que la relation entre la Défenderesses et certains membres de ladite *chamber* - non identifiés comme tels - avait été rapportée par la presse, il n'en demeure pas moins que ces informations n'étaient ni notoires ni calibrées quant à leur importance, et qu'il appartenait par conséquent à l'État du Chili de les révéler.

2. Il n'y a pas de recours interne contre l'arrêt du 15 novembre 2018 qui a consommé l'occultation par l'État Défendeur du conflit objectif apparent d'intérêts dans la procédure de réexamen de la Sentence de 2016

³³⁵ **Pièce C620**, Article "*Defensa en La Haya costó 16 US\$ millones*", La Tercera (Santiago), 22 juin 2013, faisant mention du fait qu'entre 2009 et 2012, la défense du Chili dans la seule affaire *Différend maritime (Pérou c. Chili)* a coûté à la Défenderesse la somme de 16 millions de USD.

³³⁶ **Pièce C621e et C261en**, pages 13-14

³³⁷ D'autres membres des Essex Court Chambers ont également représenté des entités parapubliques chiliennes avant cette période.

182. Comme on a vu, pour essayer d'appréhender ces éléments de la manière la plus précise possible, la Fondation Président Allende a formulée en juin 2017 une demande de mesures préjudicielles auprès le 28^{ème} Tribunal civil de Santiago en vue d'obtenir de l'État du Chili la communication d'informations concernant les sommes qu'il avait versé à des membres de cette *chamber* ³³⁸.

183. La procédure de mesures préjudicielles pour responsabilité extracontractuelle engagée devant les juridictions chiliennes a été torpillée par l'État³³⁹ après que le 28^{ème} Tribunal civil de Santiago ait enjoint au Ministre des AA.EE. en août 2017³⁴⁰, et le 29 novembre 2017 au Conseil de Défense de l'État³⁴¹, de produire l'information sollicitée par la Fondation.³⁴²

Il n'y a pas de recours interne contre la Sentence de la Cour d'Appel de Santiago du 15 novembre 2018, qui a affranchi l'État de révéler les paiements effectués à des membres parfaitement identifiés des Essex Court Chambers pendant la procédure de réexamen de la procédure initiale du CIRDI (v. *supra*, §§35(vi et 167-169), rendant de la sorte pratiquement impossible la poursuite de la procédure de responsabilité extracontractuelle de l'État initiée en juin 2017 auprès du 28^{ème} Tribunal civil de Santiago en rapport avec la défense de l'investissement des Demanderesses.

184. En l'espèce, le différend relatif à **la question relative au manquement par l'État du Chili de l'obligation de révéler cette information** entre dans le champ de la compétence du présent Tribunal arbitral conformément aux articles 1(2), 10(1), 10(3), 10(4), 10(5) de l'API³⁴³, à l'article 5 de la Constitution du Chili³⁴⁴, aux articles 26, 31(3)(c) et 64 de la Convention de Vienne sur le droit des traités, et aux traités contraignants pour le Chili cités *supra* (§§167, 171) et dans la **Réponse**.³⁴⁵

185. Il découle de ce qui précède que l'État Défendeur pouvait et devait révéler l'existence de liens financiers entre la République du Chili et des membres des ECCh dès que le 24 juillet 2017 il en a été enjoint par le 28^{ème} Tribunal civil de Santiago.

³³⁸ Pièces C622, C623, C624, lettres des Demanderesses aux Essex Court Chambers en mars en avril 2018

³³⁹ Pièces C196, C386, C478, C479, C481, C625

³⁴⁰ Pièces C390e, C182, C404e, C386f, C387e

³⁴¹ Pièces C626f, C627, C628f, C386, C480, C481f, C387, C478f

³⁴² *Ibid.*

³⁴³ Voir dans le **Mémoire**, entre autres, les §§ 56, 63, 68, 131(b), 133 *in fine*, 308 ou 311

³⁴⁴ *Ibid.*, §§131(b), 203, nbp 273

³⁴⁵ V. la **Réplique**, §§135-145, 312-315

186. L'absence de révélation de ces informations est à l'origine de la présente controverse relative à un manquement à l'obligation de traitement juste et équitable des Demanderesses, en particulier depuis que cette obligation est établie dans la Sentence arbitrale initiale.

187. **L'évaluation** des préjudices causés par l'infraction aux articles 10(1), 10(3), 10(4), 10(5) de l'API en torpillant l'obligation de respecter le droit d'accès à l'arbitrage international des investisseurs espagnols, relève du fond de l'affaire.

188. Par contre, les questions qu'évoquent les §§ 84 et ss. de la *Reply* concernent une question manifestement hors la compétence du présent Tribunal arbitral dès lors qu'elles relèvent des articles 49 et 52 de la Convention du CIRDI. Les Demanderesses ne suivront l'État Défendeur sur ce chemin.

189. Conclusion : les Demanderesses réitèrent la compétence du présent Tribunal pour connaître de cette controverse relative à leur investissement alléguée ci-dessus et dans le **Mémoire** du 6 janvier 2018 (§§54, 55, 60-68), dans leur **Réponse** du 17 septembre 2018 (§§304-326).

V. La mauvaise foi de la *Reply* de l'État Défendeur

190. La *Reply* de la Défenderesse a manipulé des conclusions de la SI³⁴⁶, du 1^{er} Comité *ad hoc*, du 2nd Comité *ad hoc*, de même que des propositions et des citations³⁴⁷ des

³⁴⁶ V. *supra* §2 *in fine*

³⁴⁷ Voir p. ex., les §§22, 29, 33-37, 71, 84, de la *Reply*, répondus notamment dans les §§153, 118, 19, 27-32, 166 *supra*. Le §43 de la *Reply* omet dans sa référence au §168 de la Demande du 17-09-2018 que le 1^{er} fondement de ce paragraphe est « *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 et la Décision du 1^{er} Comité ad hoc* » et non seulement « *ceux et celles exprimés en termes non-monétaires* ». L'attribution que le §52 de la *Reply* fait aux Demanderesses est sans rapport avec la *nbp* sur laquelle elle se fonde (le §226 de la Réponse des Demanderesses affirme : « *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.* »). La *nbp* 93 de la *Reply* omet que le fondement de la Requête initiale d'arbitrage, du 3 novembre 1997, était que l'acte commis en 1995 constituait un « acte illicite continu » lorsque l'API était entré en vigueur en mars 1994, ce que la SI a refusé dès lors qu'à la connaissance du TI le Décret n° 165 n'avait pas été mis en question par les juridictions internes (SI, §§438-447, 466, 601-604). La *nbp* 94 omet que la prémisse du §54 de la demande du 2 janvier 2008 (**pièce C433**) de révision de la SI est une déclaration du Président du Conseil de Défense de l'État que le TI a considéré qui ne réunissait pas les conditions

Demanderesses, ou les a tronquées³⁴⁸, en en dénaturant le sens. Et a manipulé la traduction en français et en anglais du Rapport de M. Maturana, expert du Chili.³⁴⁹

191. Un exemple entre cent en est la nbp n° 21 du §10 de la Reply réitérant la manipulation, dévoilée dans la **Réponse** du 17 septembre 2018³⁵⁰, à propos du §30³⁵¹ de la Demande en révision partielle de la SI formulée le 2 juin 2008, c'est-à-dire à une date où le point 5 du Dispositif et le Chapitre VIII de la SI avaient l'autorité de la chose jugée sur la totalité du contentieux entre les parties³⁵², quatre ans et demi avant leur annulation par le 1^{er} Comité *ad hoc*.³⁵³

pour réviser la SI. Or la prémisse de la demande sous les Règles de la CNUDCI sont des actes de l'État dont le TI n'avait pas connaissance dès lors qu'ils sont survenus après la SI. La nbp 95 omet que le fondement du para. 44 du Mémoire de resoumission du 27-06-2014 est le para. 42 précédent : "*C'est dans ce contexte qu'il appartient au présent Tribunal –lequel dispose désormais du jugement de la 1^{ère} Chambre Civile de Santiago du 24 juillet 2008 retenu jusqu'après la Sentence et déterminant le statut réel du Décret n° 165 - de replacer les Demanderesses dans la situation la plus rapprochée de celle où elles se trouveraient si l'action constitutive du déni de justice et de la discrimination n'avait pas eu lieu*" (**pièce C506**), un fait que le TR a considéré hors sa compétence (SR, §216). Les citations de bas de pages 113-115 de la Reply omettent que le TR a exclu de sa compétence (§216) « *les agissements des représentants de la Défenderesse (...) en particulier pendant la phase postérieure à la Sentence Initiale (...)* » (v. la **Réponse** des Demanderesses du 17-09-2018, §§205-210, 212), ces actes postérieurs au 8 mai 2008 le TR les a exclu de sa compétence « *in limine litis* » selon la rédaction littérale du §243 de la SI : "*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* »)

³⁴⁸ Voir p. ex., §§29-32 de la Reply, la citation tronquée du §119 de la **Réponse** en en dénature le sens, de même que la citation de la page 9 du **Mémoire** dès lors que la prémisse de celle-ci est la suivante : "*But the denial of constitutional justice in the wake of a July 24, 2008 court decision affirming Mr. Pey Casado's constitutional rights, and which became final with the denial of leave to appeal by Chile's Supreme Court in 2011, was, and remains, outside the jurisdiction of the ICSID dispute. That denial represents a separate and new dispute under the Chile-Spain treaty that became ripe in 2011.*"

³⁴⁹ V. dans la **pièce C476**, Le Rapport très biaisé de M. Maturana, le §2

³⁵⁰ V. la **Réponse**, nbp §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/2ht89Ob>) 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 18 décembre 2012 (Décision du 1^{er} Comité ad hoc). Bref des circonstances et des faits nouveaux intervenus tous après la demande en révision de la SI le 2 juin 2008.* »

³⁵¹ **Pièce C433** : "*§30. Toute autre décision du Tribunal arbitral - que celle de constater la nullité ab initio du Décret n°165 la nullité du Décret n° 165 - conduirait à une situation insoutenable en droit comme est le déni de justice, puisqu'elle équivaldrait à priver Monsieur Pey Casado et la Fondation espagnole demanderesse de tout droit d'action en indemnisation pour la confiscation des biens de CPP S.A. et de EPC Ltée. En effet, ayant choisi de faire valoir leurs droits devant un tribunal arbitral international, comme leur en donnait le droit l'API signe entre l'Espagne et le Chili en 1991, Monsieur Pey Casado et la Fondation ne pouvaient plus, en application de l'article I 0.2 de l'API, saisir les juridictions chiliennes pour demander la nullité ex officio de ce Décret.* »

³⁵² **Pièce C14**, SI, §598 : «*Lors des audiences de janvier 2007, les demanderesses ont élargi leur demande fondée sur le déni de justice en alléguant que 'c'est à l'ensemble du contentieux soumis au Tribunal arbitral que s'applique, de notre point de vue, le déni de justice subi par M. Pey.'* »

³⁵³ **Pièce C15**, Décision du 1^{er} Comité *ad hoc* du 18 décembre 2012

192. La *Reply* de l'État du Chili du 19 novembre 2018 a manqué à la vérité lorsqu'il a fondé ses prétentions sur l'attribution aux Demanderesses d'affirmations que celles-ci n'ont pas fait, entre autres celle d'avoir soutenu que la SR ne serait pas *obligatoire*³⁵⁴, alors que la Décision du 2nd Comité *ad hoc* du 15 mars 2018 avait reconnu que les Demanderesses soutenaient son caractère obligatoire.³⁵⁵

193. La *Reply* a également passé sous silence l'essentiel de l'analyse systématique qu'a faite le présent Tribunal arbitral dans sa Décision du 26 juin 2018, et de la réponse ponctuelle à celle-ci formulée par les Demanderesses le 17 septembre suivant.

VI. Frais et coûts

194. Les Demanderesses soumettent respectueusement que dans les circonstances singulières de l'espèce le Tribunal arbitral doit agir

- conformément au principe fondamental de l'égalité des parties qui découle, en Suisse, de l'article 4 de la Constitution Fédérale et est consacré, entre autres, dans l'article 25 du Concordat sur l'arbitrage et les articles 182, ch. 3 et 190, ch. 1d de la Loi Fédérale sur le Droit International Privé de 1987, qui exclut tout traitement privilégié d'une partie par rapport à l'autre dès lors que, comme postulait le professeur Pierre Lalive, l'engagement arbitral implique nécessairement « *le respect de ces 'règles du jeu' que risque de détruire la 'raison d'État', souvent au mépris du principe supérieur de la bonne foi* », la pratique arbitrale devant savoir « *laisser, au besoin, sa juste part aux intérêts supérieurs des collectivités publiques ainsi qu'à l'ordre public international ou transnational, sans pour autant s'incliner servilement devant ce qu'Émile Zola désignait, le 13 janvier 1898, dans son célèbre 'J'accuse', comme 'le prétexte menteur et sacrilège de la raison d'État'* »³⁵⁶,
- dans le sens proactif afin d'assurer l'égalité des armes, dans le sens défini par le prof. Thomas W. Wälde lorsque l'inégalité entre les parties est à tel point évidente que l'État

³⁵⁴ Voir dans la *Reply*, §29 (the Resubmission Award is binding only within the ICSID system), §34 (the Resubmission Award is not binding if an annulment proceeding is pending);

³⁵⁵ **Pièce C461**, Décision du 2nd Comité *ad hoc* : « §58. 58. (...) *La sentence préserve son caractère 'obligatoire à l'égard des parties' et son effet de res iudicata reste intact à moins que et jusqu'à ce que la sentence soit annulée. Ni la formulation de la Convention, ni son objet et son but ne permettent une distinction entre le caractère obligatoire et l'effet de res iudicata d'une sentence CIRDI, comme cela est suggéré par les Demanderesses* » [soulignement ajouté]

³⁵⁶ **Pièce C658**, Lalive (Pierre) : "*Raison d'Etat*" et *Arbitrage International*, in Liber Amicorum Karl-Heinz Böcktiegel, Köln, Berlin, München, Carl Heymanns Verlag KG, 2001, page 475

s'applique à écraser la partie la plus faible par le biais de « *deference to the State* » en vue de

a) « **undermine the equality of arms** »,

b) « **preassure on Arbitral Appointees** », comme l'atteste en l'espèce la Sentence arbitrale du 8 mai 2008³⁵⁷ ;

c) « **financial attrition by the better funded party** » : alors que l'État du Chili exploite jour après jour la totalité du patrimoine de CPP S.A., dont les seuls loyers de ses immeubles à Santiago, Viña del Mar et Concepción épargnent à l'État plus de 1.200.000 US\$ par an³⁵⁸, il oblige les Défenderesses à faire des efforts surhumains pour soutenir les coûts de la défense de leurs droits devant des tribunaux internationaux compte tenu du déni de justice des institutions internes à leur égard. Plus cela dure plus d'argent gagne l'État et plus épuise les moyens des Demanderesses en termes de temps biologique de vie et de ressources disponibles. M. Pey Casado est décédé le 5 octobre 2018 sans avoir récupéré son investissement ni avoir été dédommagé. On fait abstraction dans cette comparaison entre les parties des ressources et des moyens d'influence dont dispose un État, entre autres un budget annuel qui dépasse les soixante-dix mille milliards de US\$³⁵⁹ ;

³⁵⁷ **Pièce C14**, SI : §§34-36 : « *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. 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 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. 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. L'existence de cette violation n'est pas contestée, mais au contraire reconnue par la défenderesse. »*

³⁵⁸ V. le **Rapport Accuracy** du 22 décembre 2017, page 43 §161: «Valeur des loyers annuels des actifs immobiliers du groupe Clarín à date de septembre 2017 »

³⁵⁹ V. <https://www.24horas.cl/politica/diputados-aprueban-en-general-presupuesto-de-la-nacion-para-2019-2870955>

d) « *intimidation of party representatives, local and international counsel...* »³⁶⁰ : Il s'agit ici d'un cas manifeste de l'aveu même de l'État du Chili, qui est allé jusqu'à l'extrémité consistant à qualifier le recours des Demanderesses à l'arbitrage devant le présent Tribunal arbitral comme un acte d'« *arbitral terrorism— a term that is invoked advisedly, and after careful considerations* »³⁶¹ [caractères appuyés dans l'original]. Un appel à établir l'état d'exception et la restriction des garanties légales propres à la lutte contre le terrorisme... à l'égard des Demanderesses.

L'État Défendeur renverse les rôles. Le Décret n° 165 du Ministère de l'Intérieur avait été édicté le 10 février 1975 en application du Décret-Loi n° 77, de 1973, du 8 octobre 1973³⁶², dont la matière et le but constituent l'un des plus importants instruments de répression de terrorisme d'État et d'actes de nature génocidaire (extermination du groupe ciblé) mise en œuvre, de manière systématique et généralisée, par la Junte Militaire entre le 11 septembre 1973 et le 11 mars 1990³⁶³, à l'encontre de toute personne ou entité dont le trait commun était leur conviction favorable à la forme représentative et démocratique de gouvernement. M. Pey et son investissement dans le Groupe de presse CLARIN ont été l'une des victimes de cette politique. La Cour Suprême chilienne résume le contexte historique de la promulgation et application de ce spécifique Décret-loi n° 77 de 1973 en ces termes :

“C'est ainsi que le 11 septembre 1973 les commandants en chef des Forces Armées et le directeur général des Carabiniers, ont constitué une Junte de Gouvernement, entreprenant de « destituer le gouvernement », « assumant le Pouvoir » et « le Commandement Suprême de la Nation », pour les raisons consignées dans la Proclamation n° 5 et le Décret-Loi n° 1, fermant le Congrès National, le Tribunal Constitutionnel et d'autres institutions, de même, en outre, ils ont mis fin

³⁶⁰ Le *Counter-Memorial* montre un *crescendo* vers la criminalisation de l'investisseur qui résiste la violation du Traité: §2 (*gratuitous belligerence, unorthodox tactics*), §7 (*gargantuan, logorrheic pleadings*), §10 (*the most spectacularly abusive and vexatious use of a BIT in the history of the investment treaty system*), §14 (*relentless avalanche of false accusations*), §18 (*subset of the surrealistic irregularities*), §28 (*third egregious jurisdictional defect*), §35 (*a pig with lipstick*), §36 (*a monstrous mischaracterization*), §39 (*longstanding campaign of harassment and vexatiousness*), §41 (*intent on continuing to play the international lottery, in the hope of duping some tribunal*), §47 (*insidious tactics*), §50 (*and equally relentless public relations antics and smear campaigns*), §51 (*arbitral terrorism — a term that is invoked advisedly, and after careful consideration*)

³⁶¹ *Counter-Memorial of the Republic of Chile*, du 21 mai 2018, §51, caractères appuyés dans l'original

³⁶² **Pièce C28.** L'application du Décret-Loi n° 77, en vigueur jusqu'à sa dérogation le 14 février 1991 par la loi 19.047 (article 8^{ème}, accessible dans <http://bcn.cl/1zevz>), à l'investissement de M. Pey a fait l'objet d'une attention particulière dans la Sentence arbitrale du 8 mai 2008 *res iudicata* (§§589, 595, 613, 631, 72, 73, 86, 203, et nbp n° 533, 535, 537, 150-152, 159)

³⁶³ Voir House of Lords, Sentence du 24 mars 1999, *Regina v. Bartle and the Commissioner of Police for the Metropolis and Others Ex Parte Pinochet*, ouvrant la voie à l'extradition vers l'Espagne à la demande de la Fondation Président Allende –partie plaignante Demanderesse- accessible dans <http://bit.ly/2i0Gean> ; l'arrêt de la Cour d'Assises Nationale d'Espagne du 5 novembre 1998 déclarant sa compétence pour juger Augusto Pinochet et autres pour les motifs de crimes de génocide, **terrorisme** et tortures formulée par la Fondation Président Allende (accessible dans <http://bit.ly/2n43ExR>), et l'arrêt du 10 décembre 1998 d'inculpation de Pinochet et autres pour ces crimes demandée, également, par la Fondation, accessible dans <http://bit.ly/2B91UVV>

aux fonctions de quelques organisations syndicales, pour maintenir la « tranquillité sociale » et déclaré illicites et dissous les partis politiques, tout en respectant la « Constitution et les Lois de la République, dans la mesure où la situation actuelle du pays le permettraient », exerçant les pouvoirs Constituant, Exécutif et Législatif, en accord avec les normes qu'ils s'attribuèrent, selon ce qui est mis en avant dans les dispositions des Décrets-Lois N° 1, 12, 25, 27, 77, 78, 119, 127, 130, 133, 198, 527, 778 et 991, entre autres. »³⁶⁴ [Soulignement ajouté], et

« dans le cadre de violations graves, massives et systématiques des droits de l'homme, effectuées par des agents de l'État qui prétendaient exclure, harceler, persécuter ou **exterminer quiconque** serait opposé au régime de dictature. Il y a lieu de conclure que l'on se trouve en présence de ce que la conscience juridique nomme délit de 'crime contre l'humanité', qualification qui implique l'impossibilité d'amnistier le [fait] illicite en question, ainsi que de déclarer sa prescription en accord avec les règles impératives du droit international ou *ius cogens*, qui prévaut sur la législation nationale. Les règles de *ius cogens* sont de véritables normes juridiques en un sens substantiel, fournissant des lignes directrices ou des méthodes de conduite, à partir desquelles surgissent des obligations *erga omnes*, qui existent indépendamment de leur formulation en termes qui, à les supposer exprimés dans un modèle légal, ne changent pas leur nature juridique. (...) les Conventions de Genève, ratifiées par le Chili en mil neuf cent cinquante et un, ne pouvant qu'être conclu qu'elles constituent des lois en vigueur à l'époque où ont été commis les faits auxquels à trait l'affaire.

La présente Cour réitère, une fois de plus, que les principes du droit international et les règles du droit coutumier, font partie de l'ordonnement juridique chilien avec primauté à l'égard des lois internes, quand bien même ils ne se trouveraient pas traduits en traités ou conventions obligatoires pour le Chili. (...) [Dispositif:] « DÉCLARE : (...) Sur la demande civile : IV. La décision objet du présent recours est infirmée dans la partie qui déclare recevable l'exception de prescription opposée par le Fisc du Chili (...). »³⁶⁵ (Soulignement ajouté).

Or quinze ans après avoir reconnu devant le TI l'invalidité, l'illégalité, l'illégitimité (v. *supra*, §159), de la confiscation de l'investissement de M. Pey³⁶⁶, en s'opposant dans la *Reply* à l'application de ces normes légales internes à la solution des questions surgies après le 8 mai 2008 l'État Défendeur enfreigne de la sorte les articles de l'API 10(4) -l'application du droit de la partie contractante et des principes de droit international en la matière- et 10(5) -la SI est définitive et contraignante pour toutes les parties.

Le différend à ce sujet relève également de la compétence du présent Tribunal arbitral conformément à l'article 10 de l'API ;

³⁶⁴ **Pièce C644**, arrêt de la Cour Suprême du 31 janvier 2013, Rol N° 4.742-2012, page 29 : « *Es así que el 11 de septiembre de 1973 los comandantes en jefe de las Fuerzas Armadas y el director general de Carabineros, constituyeron una Junta de Gobierno, procediendo a "destituir al gobierno", "asumiendo el Poder" y "el Mando Supremo de la Nación", por las razones que consignan en el Bando N° 5 y Decreto Ley N° 1, clausurando el Congreso Nacional, el Tribunal Constitucional y otras instituciones, como, además, hicieron cesar en sus funciones a algunas organizaciones sindicales, para mantener la "tranquilidad social" y se declaró ilícitos y disueltos los partidos políticos, respetando la "Constitución y las Leyes de la República, en la medida en que la actual situación del país lo permitan", ejerciendo los poderes Constituyente, Ejecutivo y Legislativo, de acuerdo a la normativa que se dieron, según se advierte de lo dispuesto en los Decretos Leyes N°s 1, 12, 25, 27, 77, 78, 119, 127, 130, 133, 198, 527, 778 y 991, entre otras* »

³⁶⁵ **Pièce C442**, Arrêt de la Cour Suprême du 25 mai 2009, Consids. 9ème, 3ème, 5ème, dont l'original en espagnol figure dans la **pièce C442e**

³⁶⁶ **Pièce C14**, SI, §665-674, 677, 678 et notes de bas de page 617 et 623

e) « ***obstruction of legal representation*** »: L'État du Chili a nié à Mme. Pey Grebe et à la Fondation Président Allende le droit d'agir dans la présente procédure arbitrale³⁶⁷ ;

f) « ***concealment of documents, obstruction of discovery and false and fraudulent testimony*** »: l'État du Chili a refusé de produire les documents relatifs aux paiements effectués à des membres parfaitement identifiés des Essex Court Chambers, sollicités en juin 2017 et ordonnée par un Tribunal de Santiago le 24 juillet 2017, qui sont nécessaires pour fonder l'action pour responsabilité extracontractuelle devant les juridictions chiliennes (v. *supra*, §§172, 182-184, 211) ;

g) « ***manifestly incompetent legal representation*** »³⁶⁸, dès lors qu'il est invraisemblable que l'État du Chili ne dispose pas de conseils capables de comprendre la première langue de la présente procédure, le Français, ni la langue officielle espagnole de l'État, jusqu'à l'extrême d'avoir détourné leur interprétation/application de l'article 10(3) de l'API sur la base d'une traduction en une langue, l'anglais³⁶⁹, qui, à la différence de l'espagnol et le français dans le mot « *un* », n'intègre pas dans un seul mot un article indéterminé et un numéral cardinal (v. *supra*, §40).

L'État du Chili applique à l'encontre des Demanderesses tous ces moyens abusifs.

195. Or alors qu'en l'espèce les investisseurs/demandeurs ont depuis près d'un demi-siècle tout leur investissement saisi et exploité jour après jour par l'État du Chili, ils doivent défendre leurs droits face à un État qui s'applique *contra legem atque rem iudicatam* à leur imposer les punitions les plus extrêmes.³⁷⁰

196. PAR CES MOTIFS

³⁶⁷ V. 2018-05-21, *Counter-Memorial of Chile*, nbp 721 (voir *supra*, §5(iv))

³⁶⁸ **Pièce C484**, Wälde (T.W.) *Procedural Challenges in Investment Arbitration under the Shadow of the Dual Role of the State. Tribunals' Duty to Ensure, Pro-actively, the Equality of Arms*, dans *Arbitration International*, 2010, Volume 26, Issue I

³⁶⁹ Voir la *Reply*, §§27 : « Article 10(3) of the BIT. (...) the text actually *reinforces* the ICSID Exclusivity

Rule: (1) by stating expressly that only “one” arbitral body can be chosen.”

³⁷⁰ *Reply*, §§101-109, et le *Counter-Memorial*, §388

PLAISE AU TRIBUNAL ARBITRAL

1. Qu'il prenne acte du décès de M. Victor Pey Casado le 5 octobre 2018 et accepte Mme. Coral Pey Grebe en qualité de successeur en droit et de cessionnaire de 10% des actions de CPP S.A.

2. 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^e 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 2018.³⁷¹

3. 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 – il déclare inadmissibles les exceptions 1, 2, 3 et 4 sur la compétence bifurquées que soulève l'État Défendeur, et déclare sa compétence constatant que ces exceptions enfreignent a) les principes et les normes de droit international et de droit interne citées³⁷² et/ou b) les articles 1(2), 2(2), 10(1), 10(3), 10(5) de l'API, ou c) qu'elles constituent un abus de procès et de manque de bonne foi³⁷³, d) ne respectent pas 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, de la Sentence de réexamen du 13 septembre 2016 et de la Décision du 2nd Comité *ad hoc* du 15 mars 2018, et e) replaident³⁷⁴ des exceptions qui avaient préalablement été explicitement rejetées du fait qu'elles entraient dans le champ de compétence du Tribunal arbitral respectif et/ou du Comité *ad hoc*³⁷⁵.

4. Que, subsidiairement, il joigne au fond toute exception qui ne serait pas exclusivement préliminaire et qu'il apparaîtrait difficile de séparer de la substance factuelle et/ou légale des demandes des Demanderesses;

³⁷¹ Voir la **Réponse** aux exceptions sur la compétence, section II

³⁷² Voir *supra* les §§38-50, 60(xii et xiii), 96-106, 111-131,163, 167; dans la **Réplique** les §§1, 135-145, 312-315 ; dans le Rapport de l'expert M. Barros les §§5-8,49(3) et (4), **pièce C475**; dans le Rapport de l'expert M. Maturana les §§10-12, **29, pièce C476**

³⁷³ Voir *supra* les §§162, 172-173, 176.178, 181-183, 190-193, et dans la **Réplique** les §§106, 191(b), 196, 296, 325

³⁷⁴ Voir *supra* les §§74, 112, 113, 153, et dans la **Réplique** les §§84-91

³⁷⁵ Voir *supra* les §§24, 24, 74, 93, 106, (iii), 107, 122, et dans la **Réplique** les §§1 *in fine*, 4, 33, 39-41, 67-68, 85, 90, 166, 252-254, 257-266, 280, 281

5. 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.

6. Qu'il dispose le calendrier en vue de la poursuite de la procédure.

Madrid, le 21 janvier 2019

A handwritten signature in black ink, appearing to read 'Dr. Garcés', with a long horizontal flourish extending to the right.

Dr. Juan E. Garcés
Représentant de la Fondation Président Allende,
et de Mme. Coral Pey Grebe