

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 DEMANDE DE PROCÉDER À UNE
BIFURCATION DESTINÉE À DISTINGUER LA COMPÉTENCE DU
FOND DE LA CONTROVERSE ENTRE LES PARTIES**

Que les Demanderesses soumettent au Tribunal *ad hoc* conformément à la décision du Tribunal arbitral du 18 octobre 2017, à l'article 21(4) du Règlement de la CNUDCI (1976), à l'API Espagne-Chili¹, 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 la *res iudicata*

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

Madrid le 8 novembre 2017

¹ L'API Espagne-Chili est accessible dans <http://bit.ly/2yIwY0w> (version française non officielle) et <http://bit.ly/2xZQO8B> (original en langue castillane)

ORDRE DE L'EXPOSITION

Introduction.....	2
I. Il n'existe en l'espèce ni de procédure abusive ni de procédure parallèle de la part des Demandereses	4
1. Il n'y a pas en l'espèce « de procédé agencé afin d'obtenir la compétence sous un traité de protection des investissements » mais l'application de l'article 10(3) de l'API.....	5
L'article 26 de la Convention du CIRDI est inopposable à la compétence du présent Tribunal arbitral.....	7
2. Il n'y a pas en l'espèce de “prolifération de procédures destinée à maximaliser les chances de succès »	12
i. Le Tribunal ayant prononcé la Sentence arbitrale du 13 septembre 2016 a déclaré que la controverse découlant du Jugement du 24 juillet 2008 devrait être soumise à un Tribunal arbitral différent.....	12
ii. L'État du Chili a enfreint les articles 3 et 4 de l'API en ne respectant pas les obligations de résultat et de comportement qui pèsent sur lui du fait de ce qu'a statué la Sentence arbitrale du 8 mai 2008 avec l'autorité de la chose jugée.	13
iii. La fraude processuelle au sein du Jugement du 24 juillet 2008 du 1 ^{er} Tribunal civil de Santiago. Dénier de justice et infraction à l'article 4 de l'API Espagne-Chili.....	13
iv. Les agissements de l'État du Chili en vue de retenir, puis invalider le Jugement interne afin d'intenter d'échapper aux conséquences -sur la compétence et le fond- de la nullité de droit public du Décret 165. Infraction aux articles 3(1), 4 et 5 de l'API.....	14
3. Il n'existe pas en l'espèce pour les Demandereses de « bénéfice incompatible avec les objectifs de l'arbitrage international »	15
4. Il n'existe pas en l'espèce une “manière excessive ou abusive d'exercer un droit, au seule fin de causer du tort à autres ou dans le but d'éluder une règle de droit de façon à lui faire perdre son habilité à s'appuyer dessus »	16
a. L'expropriation indirecte depuis le 24 juillet 2008 des droits des investisseurs inhérents à la propriété des actions de CPP S.A., qui forme le fond du présent litige, vise à leur interdire l'accès à cette compétence. Violation de l'article 5 de l'API	17
b. Les actes de l'État du Chili relatifs au groupement d'avocats dont sont membres la majorité des arbitres dans la procédure suivie auprès du CIRDI entre juin 2013 et octobre 2017, enfreignent les articles 3, 4, 10(5) et 10(5) de l'API.....	17
II. Il n'y a pas de concours de juridictions, de bis in idem ni de lis pendens	18
a. L'objet et la cause des controverses tranchées dans la Sentence arbitrale du 8 mai 2008 sont différents de ceux soumis au présent arbitrage	18
b. L'État du Chili a soutenu avec succès que le 2 ^{ème} Tribunal du CIRDI n'est pas compétent à l'égard de la controverse née à l'occasion du Jugement du 24 juillet 2008. Estoppel.....	20

c. L'État du Chili a soutenu avec succès que Mme. Coral Pey Grebe -cessionnaire de 10% des actions de CPP S.A.- n'a pas le droit d'agir sous la juridiction du CIRDI en raison de sa double nationalité chilienne 21

III. La bifurcation intentée par la Défenderesse n'a pas de fondement..... 21

A titre subsidiaire..... 23

Introduction

1. Lors de la conférence téléphonique du 18 octobre 2017 l'État du Chili a sollicité une bifurcation de la procédure afin de traiter séparément la compétence et du fond de la présente affaire sur la base des exceptions suivantes : prétendu abus de procédure, *bis in idem* et une application prétendument incorrecte de l'article 10(3) de l'API. Les observations ci-après exposées démontreront que ces exceptions sont inexistantes en l'espèce, et que les objections de la République du Chili visent plutôt à tenter de contourner le [Jugement interne du 24 juillet 2008](#) ainsi que des conséquences qui en découlent pour le Chili conformément à l'API Espagne-Chili.
2. L'État du Chili prétend que la présente controverse serait la même que celle qui a fait l'objet de la procédure arbitrale devant le CIRDI et a donné lieu à la Sentence arbitrale du 8 mai 2008² qui a condamné l'État du Chili pour manquement au traitement juste et équitable, en ce compris le déni de justice.
3. Afin de tenter de soutenir l'identité des controverses, l'État du Chili présente les différentes controverses comme découlant des mêmes événements survenus durant la dictature militaire au Chili entre le 11 septembre 1973 et le 11 mars 1990. S'il n'est pas contestable que la toile de fond des deux controverses est constituée par les événements qui ont eu lieu durant la dictature de Pinochet, en réalité aucune controverse sous l'API Espagne-Chili ne résulte *per se* des événements survenus durant la dictature, car le Traité n'était pas en vigueur à l'époque.
4. Chacun sait que pour qu'il puisse avoir une controverse sous un traité, la responsabilité de l'État doit être engagée selon le Traité : il doit y avoir un acte illicite au plan international sous le Traité.³ Comme affirme le § 434 de la Sentence arbitrale de 2008 : "*le Tribunal ne pourra [...] se déclarer compétent ratione temporis que s'il est en présence de "controverses" ou de "réclamations" survenues postérieurement à l'entrée en vigueur de l'API*".
5. La controverse soumise au Tribunal CIRDI (ci-après « **la controverse CIRDI** ») et celle soumise au présent tribunal sous l'égide du règlement CNUDCI (ci-après « **la controverse CNUDCI** ») découlent d'enchaînement de comportements distincts de l'État du Chili envers les

² Voir *Victor Pey Casado and President Allende Foundation v. Republic of Chile*, (P. Lalive, M. Chemloul, E. Gaillard), ICSID Case No. ARB/98/2, accessible dans <http://bit.ly/2s969gu>

³ Voir Ong (Colin): *The Bifurcation of Jurisdiction from Merits, and Merits from Damages*, Investment Treaty Arbitration Rev., June 2017, accessible dans <http://bit.ly/2yE3Dpw>

investisseurs.

6. La controverse CIRDI concerne le traitement de l'investisseur en rapport avec les dispositions en matière transitionnelle établies au Chili après le retour de la démocratie en 1990 et le rétablissement de l'État de droit.⁴ La compétence du Tribunal CIRDI était explicitement limitée aux événements antérieurs à la Sentence arbitrale du 8 mai 2008.
7. À l'opposé, la controverse CNUDCI concerne la suite de comportements de l'État du Chili concernant les démarches des investisseurs, en s'appuyant sur la Constitution, visant à faire valoir leurs droits sur les biens saisis par l'État durant la dictature de Pinochet, et concerne le comportement du Chili après la Sentence arbitrale du 8 mai 2008 et, en particulier, le Jugement du 1^{er} Tribunal civil de Santiago du 24 juillet 2008 et les manœuvres de l'État du Chili destinées à bloquer toute possibilité de poursuivre les recours devant les Cours chiliennes, y compris les recours aux juridictions supérieures.
8. C'est une donnée bien établie en droit international de l'investissement qu'une controverse ou une action qui concerne des actes ou omissions de l'administration judiciaire, un déni de justice, surgit lorsque *de iure* ou *de facto* l'investisseur est empêché de poursuivre pleinement la procédure devant les tribunaux de l'État hôte – « *finality* », « épuisement » des recours. Avant cet épuisement des recours aucune responsabilité internationale pour déni de justice n'existe dans le contexte des procédures judiciaires. En sorte qu'avant un tel épuisement il n'y a pas à cet égard de controverses sous l'API.⁵ La controverse soumise au présent Tribunal arbitral concerne les actes pris par l'État du Chili, et notamment son administration judiciaire, visant à frustrer les droits des investisseurs basés sur la Constitution reconnus dans le Jugement du 24 juillet 2008. La requête de déni de justice relative à ces droits constitutionnels ne pouvait pas être portée devant le CIRDI dès lors que la reconnaissance de ces droits était paralysée dans les juridictions internes lorsque la Sentence arbitrale a été prononcée le 8 mai 2008.
9. En conséquence, la controverse soumise au présent Tribunal est née après les actes de blocage par le Chili, depuis le 24 juillet 2008, en vue d'anéantir toute poursuite à l'initiative des investisseurs par la voie judiciaire, soit en 2010. À ce moment la controverse CIRDI concernant les dispositions relatives à la justice transitionnelle avait déjà été tranchée, en dehors d'un aspect qui a été annulé (le *quantum* de la compensation des dommages).
10. **En d'autres termes, le fond en rapport avec la controverse CIRDI concernant la responsabilité (c'est-à-dire tout hormis le *quantum*) avait été pleinement tranché au moins deux ans avant que la controverse soumise au présent Tribunal ait même pris naissance, c'est-à-dire au moment où il n'y a plus eu de possibilité de mener une action fructueuse devant les tribunaux chiliens fondée sur le déni de justice.**
11. La controverse ainsi soumise au présent Tribunal est une controverse nouvelle et différente sur le fondement d'une nouvelle violation par l'État du Chili de l'API, et, s'agissant d'une nouvelle controverse, l'investisseur a le droit de choisir, en application de l'article 10 de l'API, entre la

⁴ Voir la [Sentence arbitrale du 8 mai 2008](#), §§ 667-669, 677

⁵ Voir Paulsson (J.): *Denial of Justice in International Law*, Cambridge Univ. Press, 2012, page 100 et ss.

CNUDCI et le CIRDI. En l'espèce il a choisi de soumettre cette nouvelle controverse à l'arbitrage international sous l'égide de la CNUDCI.

12. Le fait de la soumettre à un arbitrage sous le régime de la CNUDCI est la meilleure garantie pour les investisseurs que la très longue controverse de la procédure CIRDI, et les rebondissements qui l'ont émaillée, voire les contestations qui l'ont entourée ne conduisent pas à préjuger une réclamation très différente, pour le déni de justice, fondée à la fois sur les arguments de droit très distincts (la mise en échec de l'accès à la justice pour faire valoir des droits constitutionnels) et des données factuelles tout aussi différentes.
13. En tout état de cause, et comme les développements précédents le montrent, les éléments de faits à l'origine de la controverse née après ce Jugement du 24 juillet 2008 qui constituent également les éléments de la violation de l'API, c'est-à-dire les questions de fond qui devront être tranchées par le Tribunal, sont également les éléments qui permettront de déterminer la compétence du Tribunal arbitral, notamment pour déterminer si la controverse dont il est saisi est effectivement distincte de celle qui a fait l'objet de la procédure CIRDI. En d'autres termes, les éléments de fond et la compétence du Tribunal arbitral sont en l'espèce imbriqués au point de former un tout indissociable. En effet, si l'on n'examine pas le constat *ex officio* par le Jugement interne de la « nullité de droit public » du Décret confiscatoire n° 165 signé par le général Augusto Pinochet le 10 février 1975⁶, on ne peut examiner la compétence. Si l'on examine cette reconnaissance, on examine aussi le fond.
14. L'essentiel du fond porte sur ce qu'au mépris de l'API la proposition de la Défenderesse tente de priver les Demanderesses d'accéder à la compétence du présent Tribunal. Leur bifurcation n'est guère praticable et ne ferait qu'accroître la durée et les frais de la procédure arbitrale, la compétence étant surabondamment manifeste.

I. Il n'existe en l'espèce ni de procédure abusive ni de procédure parallèle de la part des Demanderesses

15. Dans un article récent⁷ le prof. Emmanuel Gaillard propose les tests suivants : 1. *Schemes Designed at Securing Jurisdiction under an Investment Treaty*, 2. *the Multiplication of Arbitral Proceedings to Maximize Chances of Success*, 3. *Gaining a Benefit Which Is Inconsistent with the Purpose of International Arbitration*, 4. *Excessive or abusive way of exercising a right, with the sole purpose of causing injury to another or for the purpose of evading a rule of law, so as to forfeit its entitlement to rely upon it*.
16. L'application de ces tests au présent arbitrage aboutit au résultat que la prétention de l'État Défendeur n'a aucun fondement, comme on démontrera ci-après.

⁶ [Sentence arbitrale du 8 mai 2008](#), §§447, 590, 600, 603, 608, 618,620

⁷ Gaillard (E.) *Abuse of Process in International Arbitration*, ICSID Review, (2017), pp. 1–21

1. Il n'y a pas en l'espèce « de procédé agencé afin d'obtenir la compétence sous un traité de protection des investissements » mais l'application de l'article 10(3) de l'API

17. La procédure dans le présent arbitrage, basée sur un traité, est régie par le droit international public général.⁸ Les pouvoirs du Tribunal arbitral sous l'article 21 du Règlement de la CNUDCI sont soumis aux exigences obligatoires de l'API Espagne-Chili et de la loi applicable.

18. Comme la décision du 3 juillet 2017 de la CPA-PCA l'a rappelé, lorsqu'elle a rejeté les plus de 12 pages et 12 pièces d'objections de l'État du Chili à l'initiation de la présente procédure arbitrale le 12 avril 2017 :

« Nonobstant les objections formulées par la Défenderesse, la CPA estime qu'il n'existe pas de motif suffisant pour considérer que la notification d'arbitrage présentée par les Demanderesses n'a pas initié une nouvelle procédure en application de l'article 3 du Règlement de la CNUDCI et du paragraphe 3 de l'article 10 du Traité bilatéral d'investissement conclu entre le Royaume d'Espagne et l'État du Chili. »

19. En effet, l'État du Chili ne peut pas sérieusement contester qu'il a donné de manière claire et nette son consentement à l'arbitrage sous les Règles de la CNUDCI à l'article 10(3) de l'API.⁹

Le terme « *un* » dans cet article n° 10(3) - « un des organes » - n'a pas une fonction de chiffre (globalement limitatif) mais d'article indéfini (lié seulement au litige lui-même), et il n'établit pas d'exclusion entre la compétence du CIRDI et celle de la CNUDCI lorsque la controverse soumise à la première, en novembre 1997, est différente à celle soumise à la seconde, en avril 2017, comme c'est le cas en l'espèce. En outre, les Demanderesses opposent à la prétention du Chili l'analyse et les conclusions du Prof. Steven R. Ratner dans l'étude comparative¹⁰ relative à des clauses équivalentes dans le système des API à celles de l'article 10(3) de l'API Espagne-Chili (dont la rédaction figure à la nbp n° 5 *supra*). On remarquera toutefois que dans ce dernier le choix de l'investisseur n'est subordonné à aucune condition disjonctive ou alternative, à la différence de l'article VI(3) dans l'API Equateur-EE.UU où l'investisseur «*may choose (...) to (...) ICSID (...) or UNCITRAL*».

⁸ Cfr. *ADC v. Hungary* (ICSID), Award, 2 October 2006, §290, accessible dans <http://bit.ly/2vCk5EZ>

⁹ «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 (...) CIRDI. [Point à la ligne] 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). » «3. En caso de recurso al arbitraje internacional la controversia podrá ser llevada ante uno de los órganos de arbitraje designados a continuación a elección del inversionista: Al (...) CIADI. [Punto y aparte] A un Tribunal ad hoc establecido de acuerdo con las reglas de arbitraje de la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional (CNUDMI).»

¹⁰ Voir dans l'affaire Murphy c. l'Équateur (Règles de 1976) l'Opinion du Prof. Steven R. Ratner, du 15 mars 2013, notamment les §§6-32; 35 ; 38-40 ; 51 ; 53, accessible dans <http://bit.ly/2hhqKLU> . L' API Equateur-EE.UU., du 27-08-1993, est quant à lui accessible dans <http://bit.ly/2h3szvv>

20. C'est un principe fondamental du droit international que le texte d'un Traité, son sens littéral et ordinaire (qui est celui contenant l'intention réciproque des Parties), doit prévaloir sur toute autre considération au moment de l'interpréter.¹¹

La CPIJ a souligné dans l'Avis consultatif sur l'acquisition de la nationalité polonaise de 1923 :

« Placée en présence d'un texte dont la clarté ne laisse rien à désirer, elle est tenue de l'appliquer tel qu'il est, sans qu'elle ait à se demander si d'autres dispositions auraient pu lui être ajoutée ou substituées avec avantage. (...) Imposer (...) une condition supplémentaire qui n'est pas écrite dans le traité du 28 juin 1919, ce ne serait plus interpréter ce traité, ce serait le refaire » (page 20).¹²

La Cour Internationale de Justice a affirmé dans l'Avis sur la compétence de l'Assemblée Générale pour l'admission d'un État aux Nations Unies, du 3 mars 1950 :

*« La Cour croit nécessaire de dire que le premier devoir d'un tribunal, appelé à interpréter et à appliquer les dispositions d'un traité, est de s'efforcer de donner effet, selon leur sens naturel et ordinaire, à ces dispositions prises dans leur contexte. Si les mots pertinents, lorsqu'on leur attribue leur signification naturelle et ordinaire, ont un sens dans leur contexte, l'examen doit s'arrêter là. (...) »*¹³

Conformément aux règles applicables à l'interprétation des traités énoncées à l'article 31 de la Convention de Vienne, il ne peut être ajouté à l'article 10(3) de l'API Espagne-Chili une condition, alternative, disjonctive ou autre, non-existante à l'égard de l'accès au tribunal *ad hoc* établi conformément aux règles d'arbitrage de la CNUDCI. Les Demanderesses suggèrent à ce propos que les considérations du Tribunal *Murphy Exploration v Ecuador* sont applicables en l'espèce, *mutatis mutandis*¹⁴, en particulier que dans ce dernier il s'agissait d'un même différend alors que dans le cas présent les différends ont surgi dans un contexte incluant, parmi les éléments à prendre en considération, certaines décisions sur le fond ayant l'autorité de la chose jugée.

21. En ce qui concerne plus précisément la compétence du Tribunal à l'égard de l'application de la prescription de l'action civile de dépôt par nécessité dans le Jugement interne du 24 juillet 2008¹⁵, il s'agit d'une question relevant du fond de l'affaire.¹⁶

¹¹ Voir *Oppenheim's International Law*, Vol. I. London: Longman, 9th ed., 1996, p. 1271, et Brownlie (I.), *Principles of Public International Law*, Oxford: OUP, 7th ed, 2009, p. 631

¹² Cité dans *Yukos Universal Limited (Isle of Man) v. the Russian Federation*, Interim Award on Jurisdiction and Admissibility, PCA Case No. AA 227, 30 novembre 2009 ¶415, accessible dans <http://bit.ly/2sDqrCg>, et dans *Asian Agricultural Products LTD (AAPL) v. Sri Lanka* (Case ICSID No. ARB/87/3), Final Award, 27 june 1990, le ¶40, accessible dans <http://bit.ly/2slHLJg>

¹³ *Compétence de l'Assemblée Générale pour l'admission d'un État aux Nations Unies*, Avis Consultatif, C.I.J., Reports 1950, 3 mars 1950, p. 8, accessible dans <http://bit.ly/2xEDuWZ>

¹⁴ Voir dans *Murphy Exploration v Ecuador*, UNCITRAL, Partial Award on Jurisdiction, 13 nov. 2013, §§172-183, 188-195, l'analyse de la clause équivalente dans l'API Équateur-USA, accessible dans <http://bit.ly/2yaAZfj>

¹⁵ La version originale du Jugement du 24 juillet 2008 est accessible dans <http://bit.ly/2o4pj3V>, la version française non-officielle dans <http://bit.ly/2p6Xg5M>

¹⁶ Voir *The Betsey Case* (1796): Moore (J.), *International Adjudications* (Modern Series, Vol. IV, 1931), pp. 182-290 ; *Selwyn Case (Britain v. Venezuela)* (Interlocutory Decision), (1903) 9 RIAA 380, 381 (Plumley U), accessible dans <http://bit.ly/2thH9D7>, cité dans *GAMI Investments Inc. v. United Mexican States* (Award), (2005), §39, 44 ILM 545 (NAFTA/UNCITRAL, 2004, Paulsson, Muró, Reisman), accessible dans <http://bit.ly/2tPrSLE>; voir également la Sentence de la Cour Fédérale Suisse dans l'affaire *Compañía Minera Condesa SA v BRGM-Pérou S.A.S. and Arbitral Tribunal CIA*, Decision 124 III 83, accessible dans <http://bit.ly/2gH5Etk>, et l'article 186(1bis) de la LFDPI suisse

22. La partie Défenderesse en souscrivant l’API Espagne-Chili, et les Demanderesses ayant donné leur consentement par écrit¹⁷, toutes les parties à la présente instance ont consenti à la compétence du Tribunal *ad hoc* sans aucun préalable. En conséquence le Tribunal est compétent pour connaître et trancher les différends soumis à l’arbitrage selon les règles de la CNUDCI.

L’article 26 de la Convention du CIRDI¹⁸ est inopposable à la compétence du présent Tribunal arbitral

23. Les objections à la Notification d’arbitrage que formule la Réponse de l’État du Chili le 12 mai 2017 (pages 3-4) sont, en substance, une adaptation dans le cadre de la CNUDCI de celles soulevées en 2003 dans le cadre du CIRDI que la Sentence arbitrale du 8 mai 2008 a décrites aux §§473-475 et que le Tribunal arbitral a toutes rejetées.

Le Chili avait déjà invoqué en 2003, sans succès, l’article 26 de la Convention du CIRDI et l’article 10(3) de l’API pour opposer la juridiction d’un tribunal interne (le 1^{er} Tribunal civil de Santiago, affaire *Pey c. le Fisc* initiée le 4 octobre 1995) à celle d’un tribunal international (le CIRDI). Cette fois-ci l’État du Chili invoque les mêmes dispositions pour opposer la juridiction d’un tribunal international constitué sous les règles du CIRDI à celle d’un tribunal international constitué sous les règles de la CNUDCI :

Le Chili affirmait en 2003, CIRDI

Le Chili affirme en 2017, CNUDCI

[Sentence arbitrale du 8 mai 2008, <i>res iudicata</i>]	[Réponse du 12 mai 2017 à la Notification d’arbitrage]
§473. « (...) la demande introduite devant les juridictions chiliennes [en 1995] (...) ‘ a précisément le même objet que sa demande devant le CIRDI [en 1997]’ ».	“Your new purported UNCITRAL Notice involves the same dispute of which the claimants in the ICSID case first notified Chile in 1995, and then elected to take before ICSID twenty years ago (in 1997), relating to the seizure of the newspaper <i>El Clarín</i> in 1973 (...) it is the same dispute (...).
§475. « Selon la défenderesse, ‘[l]es Parties demanderesses prétendent transférer devant le CIRDI une demande qu’elles avaient intentée au Chili [en 1995] (...) cette demande introduit exactement la même question de fond que celle qui doit être décidée dans le présent arbitrage’ ».	(..) Such transfer is impermissible under Article 26 of the ICSID Convention, Article 10.3 of the BIT, and fundamental principles of the international arbitral system.
§476. « (...) la demande (...) est contraire aux dispositions de l’article 10(3) de l’API, à l’article 26 de la Convention CIRDI, (...) ainsi qu’aux	The UNCITRAL Notice is merely one of multiple abusive attempts by the Claimants to circumvent the

¹⁷ Le consentement à l’arbitrage sous les règles de la CNUDCI de la Fondation espagnole, de M. Víctor Pey Casado et de Mme. Coral Pey Grebe figurent annexées à la communication des Demanderesses du 12 juin 2017 à la CPA-PCA, Affaire CPA N° Aa662 - Fondation “President Allende” et al. (Espagne) c. l’État du Chili

¹⁸ L’article 26 dispose: “Le consentement des parties à l’arbitrage dans le cadre de la présente Convention est, sauf stipulation contraire, considéré comme impliquant renonciation à l’exercice de tout autre recours. Comme condition à son consentement à l’arbitrage dans le cadre de la présente Convention, un État contractant peut exiger que les recours administratifs ou judiciaires internes soient épuisés. »

‘principes fondamentaux de fair play, préclusion et de justice de procédure’. Elle ne pourrait donc être accueillie. »

ICSID proceedings (...).”

24. Or l’objet, la cause, les parties à la controverse, et les infractions à l’API commises à partir du 24 juillet 2008, sont postérieurs et différents de ceux tranchés dans la Sentence arbitrale du 8 mai 2008, comme il a été indiqué dans la Notification d’arbitrage du 12 avril 2017 (§§12-14) et ce que l’on développera le moment venu.

25. En ce qui concerne l’article 26 de la Convention du CIRDI, une question similaire avait fait l’objet d’étude dans l’affaire *SGS Société Générale de Surveillance SA v. Philippines*¹⁹. La Demanderesse soutenait que compte tenu de la rédaction de l’article 26 de la Convention du CIRDI, « *when the present proceedings were commenced in 2002, consent was thereby given by the parties to ICSID jurisdiction ‘to the exclusion of any other remedy’*”. Le Tribunal arbitral a rejeté cette approche pour des raisons qui sont également applicables dans le cas d’espèce compte tenu de la rédaction de l’article 10(3) de l’API Espagne-Chili :

145. (...) But SGS’s argument depends upon a view of the intended meaning and effect of Article 26 which the Tribunal does not share, for three reasons.

146. *First*, it is not supported by the travaux préparatoires of Article 26, which make it clear that Article 26 was intended as a rule of interpretation, not a mandatory rule.^{73 20}

147. *Secondly*, it ignores the phrase “unless otherwise stated” in Article 26. (...) Article 26 is concerned with the consent of the parties to ICSID arbitration (not the consent of the States Parties to a BIT). In that context the immediately succeeding phrase “unless otherwise stated” must include a contrary statement or agreement by those parties. This is the conclusion reached by Schreuer:

This exclusive remedy rule of Art. 26 is subject to modification by the parties. The words ‘unless otherwise stated’ in the first sentence give the parties the option to deviate from it by agreement.^{74 21} Moreover he applies this principle(...)to other forms of arbitration^{75 22}

148. *Thirdly*, the view that Article 26 provides a mandatory override of previously agreed dispute settlement clauses would mean that in the common case under a BIT (such as the Swiss-Philippines BIT) where the parties have a choice between ICSID arbitration and UNCITRAL arbitration in respect of the same dispute, that choice would materially affect their legal rights. A party to a contract containing an exclusive jurisdiction clause would obtain an override if it opted for ICSID arbitration (by virtue of Article 26), but not if it opted for UNCITRAL arbitration (since the UNCITRAL Rules contain no equivalent provision). The Tribunal does not believe that this could have been intended.

Dans son Opinion individuelle l’arbitre Antonio Crivellaro ajoutait :

The BIT has created a completely new law and has conferred on SGS new or additional rights of forum selection. They include, in particular, the right to select the forum after that the dispute has arisen. (...) It is my understanding that the most significant advantage which, in practice, is granted by a BIT to foreign investors is, precisely, the right to select, amongst the alternative forums made available by the BIT, the forum that the investor deems the most suitable to him after that the

¹⁹ *SGS Société Générale de Surveillance v. Republic of the Philippines*, ICSID Case N° ARB/02/6, Decision on Jurisdiction, 29 janvier 2004, accessible dans <http://bit.ly/2sP8PnF>

²⁰ [73 See the summary in Schreuer, 388-90]

²¹ [74 Schreuer, 347]

²² [75 Schreuer, 363]

*elements of fact or law of the dispute have become clear. (...) The practical significance of the BITs would, in my opinion, seriously diminish if such particular privilege, which is the most attractive to foreign investors, is put into doubt or denied.*²³

Dans le cas présent, l'article 10(3) de l'API Espagne-Chili, du 2 octobre 1991, constitue une « *stipulation contraire* » à la « *renonciation à l'exercice de tout autre recours* » prévue dans l'article 26 de la Convention CIRDI.

26. En effet, le professeur Ch. Schreuer résume cette question dans les termes suivants :

“(...) 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.”

L'interprétation de M. Schreuer est applicable, *mutatis mutandis* et *vice versa*, dans le cas de l'API Espagne-Chili, dont l'art. 10(3) laisse au libre choix de l'investisseur l'accès aux juridictions de la CNUDCI et du CIRDI :

The exclusive remedy rule of Art. 26 is subject to modification by agreement of the parties. The parties are free to provide for other dispute settlement procedures in addition to ICSID arbitration or to subject certain parts of their relationship to procedures other than ICSID arbitration. Consent to remedies other than ICSID arbitration does not necessarily exclude ICSID arbitration. The exclusive remedy rule of Art. 26 is not a requirement of consent to ICSID arbitration, but merely a rule of interpretation, which operates to exclude other remedies “unless otherwise stated”. Therefore, submission to other dispute settlement procedures cannot be interpreted as invalidating consent to ICSID arbitration. (...)

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.

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'article 10(1) de l'API Espagne-Chili] (...). 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 by its establishment through a treaty but by the wording of the clause offering consent to jurisdiction.²⁴ [Soulignement ajouté].

27. Le Tribunal arbitral de l'affaire *SPP v. Egypt*²⁵ a considéré

²³ Accessible dans <http://bit.ly/2tV3dYt>

²⁴ Schreuer (Ch.) : *The ICSID Convention. A Commentary*, 2009, pages 352, 355, 360, 379

²⁵ *SPP v. Egypt*, Decision on Jurisdiction I, ICSID Case N° ARB/84/3, 27 November 1985, §30, Y.B. Com. Arb. 28 (1991) (extraits), accessible dans <http://bit.ly/2uavXh5>

84. *When the jurisdictions of two unrelated and independent tribunals extend to the same dispute, there is no rule of international law which prevents either tribunal from exercising its jurisdiction.*³⁷
[Soulignement ajouté]

Or le présent différend entre les parties, né le 28 janvier 2011, n'est pas le même que les différends soumis le 6 novembre 1997, en 2000 et 2002 au CIRDI et tranchés dans la Sentence arbitrale du 8 mai 2008.

28. Le Tribunal arbitral de l'affaire *SGS v. Philippines* a réitéré que l'article 26 de la Convention du CIRDI est une norme d'interprétation - *unless otherwise stated*- et non une norme impérative :

*Article 26 is concerned with the consent of the parties to ICSID arbitration (not the consent of the States Parties to a BIT). In that context the immediately succeeding phrase "unless otherwise stated" must include a contrary statement or agreement by those parties.*²⁶

En l'espèce, le Chili et l'Espagne ont consenti à la juridiction de la CNUDCI.

29. Plus récemment, le Tribunal arbitral de l'affaire sous les Règles de la CNUDCI *AmPal v. Egypt*²⁷, qui a étudié -aux §§ 234, 235, 313- une objection de la défenderesse très similaire à celle formulée par le Chili dans sa Réponse du 12 mai 2017, a décidé :

In the Tribunal's opinion, while the same party in interest might reasonably seek to protect its claim in two fora [CIRDI et CNUDCI] where the jurisdiction of each tribunal is unclear, once jurisdiction is otherwise confirmed, it would crystallize in an abuse of process for in substance the same claim is to be pursued on the merits before two tribunals (...).[§325]

Both Tribunals have confirmed that they have jurisdiction. It follows from this therefore that there is no risk of a denial of justice occasioned by the absence of a tribunal competent to determine the MAGL portion of the claim. Both Tribunals are seised of the merits and neither Tribunal has yet reached a decision on the merits. [§327]

Or, en l'espèce,

- la [Sentence arbitrale du 8 mai 2008](#) ayant déclaré que la détermination du statut légal du Décret n° 165 pouvant être porté à la connaissance du Tribunal arbitral relevait de la compétence des juridictions internes (§§593, 603, 634),

- alors que celles-ci ont paralysé le Jugement correspondant jusqu'après le prononcé de la Sentence arbitrale (§674),

- et que la [Sentence arbitrale du 13 septembre 2016](#) a déclaré à la demande du Chili (§§121, 136, 145, 148, 193) que le Tribunal arbitral n'était pas compétent pour connaître des différends entre les parties découlant des comportements de l'Etat du Chili survenus après l'introduction de la requête d'arbitrage initiale du 6 novembre 1997 et *a fortiori* d'une conduite postérieure à la Sentence (§216), et que Mme. Coral Pey Grebe n'avait pas le droit d'agir devant lui (§§121-130), les parties à la procédure demeurant M. Victor Pey Casado et la Fondation (§188) ;

²⁶ *SGS v. Philippines, Decision on Objections to Jurisdiction*, ICSID Case N° ARB/02/6, 29 janvier 2004, §147, accessible dans <http://bit.ly/2sP8PnF>

²⁷ *Am Pal v. Egypt, Decision on jurisdiction*, ICSID Case No. ARB/12/11, 1er février 2016, §333, accessible dans <http://bit.ly/2txJBZZ>

- le **déni de justice** à l'égard des investisseurs espagnols échafaudée par l'État du Chili serait donc parachevé au cas où il leur fût déniée la compétence de la CNUDCI sur les différends nés après que l'État chilien ait refusé de reconnaître les conséquences du constat *ex officio* de la nullité de droit public du Décret n° 165 dans le Jugement du 24 juillet 2008.

30. Le Prof. Emmanuel Gaillard a fait le commentaire suivant à l'égard du traitement de ce sujet dans la Sentence *Am Pal* :

*neither the ICSID tribunal nor the UNCITRAL tribunal considered it objectionable when the claimants then opted to divide their overlapping claims between the two arbitrations, rather than pursuing them before one of the two tribunals, even though this strategy enabled them to continue to hedge their bets and to maximize their chances of obtaining a favourable award*²⁸.

*In the 2011 Somercom decision, for instance, the Paris Court of Appeal held that the principle of the duty to concentrate grounds should not apply to international proceedings.*⁶⁴²⁹ *Other decisions of the French courts*⁶⁵³⁰ *following Prodim similarly refused to impose the duty to concentrate claims on litigating parties.*³¹

*As one commentator has noted, in the context of arbitration 'there is a logical difficulty in treating the absence of any decision or any reasons in the first award as a ground for precluding a new argument in subsequent proceedings'.*⁷³³²

31. Plus récemment, le Tribunal arbitral de l'affaire *Orascom v. Algeria* a considéré que des procédures parallèles auprès des juridictions CIRDI et CNUDCI pouvaient constituer un abus lorsqu'un investisseur formule des demandes pour « les mêmes mesures de l'État d'accueil et le même dommage » :

*(...) la Demanderesse a d'abord fait en sorte que l'une de ses filiales, OTH, engage une procédure contre l'Algérie. Puis, elle a fait en sorte qu'une autre filiale de la chaîne, Weather Investments, menace d'introduire une procédure d'arbitrage différente pour le même litige. Enfin – après avoir cédé l'investissement – elle a engagé en son nom encore un autre arbitrage d'investissement, en rapport avec le même investissement (sa participation antérieure dans OTA), les mêmes mesures de l'État d'accueil et le même dommage. Ce faisant, la Demanderesse s'est prévalu de l'existence de divers traités à différents niveaux de la chaîne verticale de sociétés, faisant usage de ses droits à l'arbitrage et aux protections matérielles prévus par les traités de manière incompatible avec l'objet de ces droits et la finalité des traités d'investissement. Pour le Tribunal, un tel comportement est un abus du système de protection des investissements, ce qui constitue un motif d'irrecevabilité supplémentaire. Dès lors, le Tribunal ne saurait exercer sa compétence pour statuer sur ce différend.*³³

Or les mesures prises par l'État du Chili à partir du Jugement du 1^{er} Tribunal civil de Santiago du 24 juillet 2008 qui sont aujourd'hui soumises au présent Tribunal **sont, par définition, différentes** de celles soumises en 1997, 2000 et 2002 à un Tribunal présidé par le Prof. Pierre Lalive sur lesquelles a statué la Sentence du 8 mai 2008, avec l'autorité de la

²⁸ Gaillard (E.): *Abuse of process in international arbitration*, ICSID Rev., Vol. 32 (2017), pages 25-26

²⁹ [64.CA Paris, 5 mai 2011, n° 10/05314, *Somercom*, accessible dans <http://bit.ly/2j6FYXV>]

³⁰ [65. See Cass 1^{ère} civ, 1^{er} juillet 2010, n° 09-10.364, accessible dans <http://bit.ly/2hjRJd6> ; Cass 2^{ème} civ, 23 septembre 2010, n° 09-69.730, accessible dans <http://bit.ly/2AhGDZN> ; Cass 2^{ème} civ, 16 mai 2012, n° 11-16.973, accessible dans <http://bit.ly/2hjRJd6>]

³¹ Ibid. page 30

³² [73. VV Veeder, 'Issue Estoppel, Reasons for Awards and Transnational Arbitration' in *Complex Arbitrations* (ICC PubNo 688E, 2003) 73]

³³ *Orascom v. Algeria*, Affaire CIRDI ARB/12/35, Sentence du 31 mai 2017, §545, dans <http://bit.ly/2uvW2Tu>

chose jugée, condamnant l'État chilien pour manquement au traitement juste et équitable, en ce compris le déni de justice, à cause précisément de la paralysie du Jugement sur le fond du 1^{er} Tribunal civil de Santiago.

**

2. **Il n'y a pas en l'espèce de "prolifération de procédures destinée à maximaliser les chances de succès" »**

- i. Le Tribunal ayant prononcé la [Sentence arbitrale du 13 septembre 2016](#) a déclaré que la controverse découlant du Jugement du 24 juillet 2008 devrait être soumise à un Tribunal arbitral différent

32. Le 13 septembre 2016, un Tribunal arbitral de resoumission -composé différemment de celui qui avait prononcé la Sentence du 8 mai de 2008- ayant comme seule mission de fixer le *quantum* pécuniaire de la compensation que la République du Chili devait aux Demanderesses conformément aux paras. 1 à 3, *res iudicata*, du Dispositif de la Sentence arbitrale du 8 mai 2008, a affirmé :

« §216. Le Tribunal relève (...) 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 [du 8 mai 2008], 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 (...) 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] est limité (...) au « différend » qui avait été initialement soumis à l'arbitrage, différend pour lequel la date critique était la requête d'arbitrage initiale des Demanderesses [le 6 novembre 1997]. Les questions qui ont surgi entre les Parties après cette date – et a fortiori les questions découlant d'une conduite postérieure à la Sentence – ne peuvent pas, même avec un gros effort d'imagination, entrer dans le champ de la procédure de nouvel examen en vertu des dispositions citées ci-dessus. »³⁴
[Soulignement ajouté.]

Cette Sentence du 13 septembre 2016 a ainsi exclu de sa compétence la prise en compte du différend né entre les parties le 28 janvier 2011 relatif aux conséquences découlant de la reconnaissance par le Jugement du 24 juillet 2008 du 1^{er} Tribunal civil de Santiago, de la nullité de droit public, *ab initio*, imprescriptible, du Décret confiscatoire n° 165, ainsi qu'aux infractions inhérentes, corrélatives ou consécutives, au prononcé du Jugement.

Fond et compétence toujours inextricablement liés : la pertinence du premier étant affirmée dans le même temps que la compétence est renvoyée à une autre « procédure arbitrale ». C'est le différend aujourd'hui soumis au présent Tribunal arbitral.

33. Les infractions par l'État chilien aux obligations établies aux articles 1, 3(1), 4, 5, 10(2) et 10(5) de l'API depuis le 24 juillet 2008 s'apparentent à un acte « complexe », dans le sens de la définition du prof. Roberto Ago.³⁵

³⁴ Sentence arbitrale du 13 septembre 2016, accessible dans <http://bit.ly/2twVCz7> ; voir dans le même sens les §§ 149, 150

³⁵ Robert Ago définit le fait illicite « complexe » comme « une infraction qui, entamée, mise en marche

34. Il a consisté dans une suite d'infractions frauduleuses, chronophages et dispendieuses s'imbriquant les unes les autres comme des poupées russes, chacune servant de tentative pour désorienter et/ou la recouvrir ou parfaire, voire corriger les insuffisances de la précédente, afin de saborder la réparation à partir du 24 juillet 2008 de l'abolition de l'investissement des Demanderesses et consolider le déni de justice.
35. Il s'agit bien d'une seule opération visant depuis le 24 juillet 2008 à l'escroquerie d'arbitrage qu'opère par enchevêtrements afin de paralyser et/ou détruire toute voie de réparation pécuniaire du dommage, sans exclure que certaines de ces actions ont enfreint le droit international de manière indépendante.

Un bref résumé de quelques-unes de ces infractions sera indiqué ci-dessous et sera développé et étayé dans les étapes processuelles à venir, la Défenderesse ayant obtenu lors de la conférence du 18 octobre 2017 qu'aucune pièce puisse être annexée aux présentes observations.

- ii. L'État du Chili a enfreint les articles 3 et 4 de l'API en ne respectant pas les obligations de résultat et de comportement qui pèsent sur lui du fait de ce qu'a statué la Sentence arbitrale du 8 mai 2008 avec l'autorité de la chose jugée.

36. Cependant l'État du Chili n'a manifesté aucune volonté de remplir cette obligation, tout au contraire, il a enfreint les engagements internationaux incombant à l'État. Ce qui a créé une situation permanente, persistante et illicite continue depuis le 8 mai 2008, et accrue, s'il est possible, à partir du 24 juillet 2008.

- iii. La fraude processuelle au sein du Jugement du 24 juillet 2008 du 1^{er} Tribunal civil de Santiago. Déni de justice et infraction à l'article 4 de l'API Espagne-Chili

- a. Bien que se manifestant au sein même de ce Jugement, cette infraction remarquable appartient à la période qui a succédé au Jugement du 24 juillet 2008, dans la mesure que c'est seulement alors qu'en même temps que ses effets son existence s'est dévoilée aux yeux incrédules des Demanderesses.

*par l'action ou omission d'un organe étatique ayant initialement failli à la tâche de réaliser, dans un cas concret, le résultat requis par une obligation internationale, est ensuite complétée et parachevée par des nouvelles actions, émanant parfois du même organe, mais plus souvent d'autres organes, intervenant dans la même affaire à un moment ultérieur L...] le fait internationalement illicite « complexe » est l'aboutissement global de tous les comportements adoptés, à des étapes successives, dans un cas d'espèce donné, par des organes étatiques - comportements dont chacun aurait pu assurer le résultat internationalement requis et dont chacun a manqué de le faire», voir Ago (Roberto), 7^{ème} Rapport, Responsabilité de l'État, CDI, 1978, page 106, §15, A/33/10, accessible dans <http://bit.ly/2xL05B8> Voir également ACDI, 1996, vol. II, 2^{ème} partie, A/CN.4/SER.A/1996/Add.1 (Part 2), Article 25, : **“Moment et durée de la violation d'une obligation internationale réalisée par un fait de l'État s'étendant dans le temps.** (...) 3. La violation d'une obligation internationale par un fait de l'État complexe, constitué par une succession d'actions ou omissions émanant des mêmes ou de différents organes étatiques intervenant dans une même affaire, se produit au moment de la réalisation du dernier élément constitutif dudit fait complexe. Toutefois, le temps de perpétration de la violation s'étend sur la période entière allant du comportement qui a amorcé la violation à celui qui l'a parachevée », accessible dans <http://bit.ly/2xuev7x>*

- b. En l'espèce, l'État du Chili a manqué à son devoir de bonne foi et d'honnêteté en altérant la *causa petendi*, le sujet et l'objet de la Demande de M. Pey du 4 octobre 1995 sur la base de la nullité de droit public *ab initio*, imprescriptible, du Décret n° 165, afin de servir de fondement à la partie Dispositive du Jugement.
- c. En effet, c'est à la demande du représentant de l'État, « le Fisc », que ce Jugement a altéré la *causa petendi* de la Demande et a provoqué des substitutions concernant le sujet de celle-ci (M. Pey, en sa qualité d'acquéreur en 1972 de 100% des actions de CPP S.A.³⁶) et son objet (les presses GOSS au titre de propriété de CPP S.A.).
- d. Cependant, l'article n° 7 de la Constitution chilienne a une telle force impérative que dans les Considérants 10^{ème} et 11^{ème} le Jugement du 24 juillet 2008 a appliqué cet article et a constaté la **nullité de droit public *ex tunc, ab initio*, imprescriptible, du Décret n° 165** -ces Considérants constituent *la ratio decidendi* du Dispositif.
- e. Ledit Décret n'a donc pas eu d'existence légale dans le système constitutionnel du Chili, n'a jamais fait valablement partie de l'ordonnement légal chilien, la dissolution de CPP S.A. et EPC Ltée et la confiscation de leurs biens n'ont pas eu lieu dans l'ordre juridique interne ni international. Le fondement majeur étant que selon la Constitution chilienne, dont la base est la séparation des pouvoirs³⁷, seule l'autorité judiciaire a le pouvoir de prononcer une peine de confiscation, et ceci dans le cadre d'une procédure pénale.³⁸

Ce constat de la « nullité de droit public » du Décret administratif n° 165 par le Jugement du 24 juillet 2008 est un point central du différend soumis au présent arbitrage. Son examen touche à l'évidence tant à la compétence qu'au fond, puisque sous-tendant la première et engendrant la substance même du second.

- iv. Les agissements de l'État du Chili en vue de retenir, puis invalider le Jugement interne afin d'intenter d'échapper aux conséquences -sur la compétence et le fond- de la nullité de droit public du Décret 165. Infraction aux articles 3(1), 4 et 5 de l'API

37. Conformément à la Constitution chilienne, le 1^{er} Tribunal civil de Santiago n'avait d'autre choix que d'appliquer directement l'article 7 de la Constitution actuellement en vigueur et de constater la « nullité de droit public » du Décret n° 165, ce dernier ayant été édicté en violation de l'article équivalent, d'application directe et impérative, de la Constitution

³⁶ Sentence arbitrale du 8 mai 2008 : « §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 titres¹⁴⁸ de la société CPP S.A. », accessible dans <http://bit.ly/2s969gu>

³⁷ Voir l'article 4 de la Constitution de 1925 (dans <http://bit.ly/2ivUp3X>) : « aucun corps constitué, aucun individu, aucun groupe d'individus ne peut s'attribuer, pas même sous prétexte de circonstances exceptionnelles, d'autres pouvoirs ou d'autres droits que ceux qui lui sont expressément conférés par la loi. Tout acte contraire à cette disposition est nul », en vigueur jusqu'à son remplacement par l'article 7 de celle de 1980 (dans <http://bit.ly/1W6OVw8>) : « les institutions de l'Etat agissent valablement si elles agissent après que leurs membres soient investis en bonne et due forme, dans le cadre de leur compétence et en accord avec les formes que prescrit la loi. Aucune magistrature, aucune personne, ou réunion de personnes ne peut s'attribuer, fût-ce au prétexte de circonstances extraordinaires, une autorité ou des droits autres que ceux qui leur auraient été conférés expressément par la Constitution ou les lois. Tout acte contrevenant à cet article est nul et engendre les responsabilités et les sanctions fixées par la loi elle-même. »

³⁸ Voir les arrêts des 13 janvier 1997 et 14 mai 2002, 8 septembre 1995, 2 mai 1996 et 20 novembre 19974

chilienne en vigueur en 1975. Et le Juge l'ayant ainsi constaté, comme il se devait, dans son Jugement du 24 juillet 2008, il s'agit d'une donnée qui doit, bien évidemment, être prise en compte par un Tribunal arbitral dans l'interprétation et l'application de l'API s'agissant de la protection de l'investissement.

38. La représentation de l'État chilien était vraisemblablement parvenue à la conclusion que le constat *ex officio* de la nullité du Décret n° 165 par ledit Jugement le desservait puisque non seulement le 1^{er} Tribunal civil de Santiago ne l'a pas notifié à M. Pey Casado mais, en outre, le 18 juin 2009 « le Fisc » a cherché à le priver d'effet par l'intermédiaire de la demande adressée au 1^{er} Tribunal civil de Santiago de déclarer que M. Pey aurait "abandonné" cette procédure après le prononcé du Jugement du 24 juillet 2008³⁹, alors que les conditions de l'institution de l'"abandon" processuel n'étaient pas remplies en l'espèce comme les Demanderesses démontreront.
39. Plus précisément, dans leur mémoire sur le fond les Demanderesses démontreront que (a) les conditions pour prononcer "l'abandon" en droit chilien n'étaient pas réunies, et (b) que les résultats des agissements de l'État du Chili ne peuvent être opposés aux Demanderesses. Tout au contraire, ils constituent par eux-mêmes une nouvelle violation de la protection accordée aux investisseurs par l'API Espagne-Chili, et par leur contexte, une violation des articles 3(1), 4⁴⁰ et 5 de l'API⁴¹, dont le Tribunal devra tenir compte.

3. Il n'existe pas en l'espèce pour les Demanderesses de « bénéfice incompatible avec les objectifs de l'arbitrage international »

40. La Sentence arbitrale du 13 septembre 2016 a rappelé pour sa part

*« la conclusion dans la Sentence Initiale [du 8 mai 2008] 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 (...) **a autorité de chose jugée et n'était pas l'objet de la présente procédure de nouvel examen.** Elle correspond donc à une obligation qui pèse toujours sur la Défenderesse et une obligation qui, comme l'a conclu le Tribunal Initial, est la conséquence d'une défaillance dans le fonctionnement du système interne du Chili pour la réparation des injustices passées qui ont été reconnues »* (§244), soulignement ajouté.⁴²

³⁹ Le Fisc a sollicité le 16 juin 2009 que le 1^{er} Tribunal civil de Santiago déclare que M. Pey aurait "abandonné" la procédure interne après le prononcé du Jugement du 24 juillet 2008

⁴⁰ Voir *Loewen Group, Inc. and Raymond L. Loewen v. United States of America*, ICSID Case No. ARB(AF)/98/3, Final Award (26 juin 2003), §132, accessible dans <http://bit.ly/2tQATWR> ; *Mondev International Ltd. v. United States of America*, ICSID Case No. ARB(AF)/99/2, Sentence du 11 octobre 2002, §127, accessible dans <http://bit.ly/2uk0DI5> ; *RosInvest Co UK Ltd. v. The Russian Federation*, SCC Case No. V079/2005, Sentence du 12 sept. 2010, pp. 272-280, 603, 612, accessible dans <http://bit.ly/2gCH6BC>

⁴¹ Reinisch (A.), *Expropriation*, in *The Oxford Handbook of International Investment law*, ed. Muchlinski (P.), Ortino (F.) & Schreuer (C.), pages 2-5, 7-13, 16-21, l'expropriation des droits intangibles est contraire au droit international

⁴² Le 8 novembre 2016 le CIRDI a enregistré la demande du 27 octobre 2016, de rectification d'erreurs contenues dans la Sentence arbitrale du 13 septembre 2016 et de *full disclosure* des rapports existant entre la République du Chili et des membres des Essex Court Chambers dont sont également membres deux des arbitres, dans un conflit d'intérêts objectif apparent ; le 25 octobre 2017 le CIRDI a enregistré la Demande en annulation de la Sentence du 13 septembre 2016 et en a suspendu l'exécution

Cette entorse de la part du Chili à la chose jugée, rappelée par cette deuxième Sentence du 13 septembre 2016, établit la compétence en rapport avec l'inobservation de l'obligation, devenue manifeste face aux démarches des Demanderesses.

41. Les violations à l'API à l'origine de la controverse soumise au présent arbitrage sont celles postérieures au 24 juillet 2008. Or

- i. il est communément admis que les faits sous-tendant une controverse doivent être pris en compte lorsqu'on détermine leur *causa petendi*⁴³,
- ii. les faits qui ont eu lieu après le prononcé d'une sentence arbitrale constituent nécessairement une nouvelle cause d'action, et les demandes basées sur ces faits ne sauraient, à l'évidence, être sous l'effet du principe de la *res iudicata*.⁴⁴
- iii. dans le cas d'une demande pour déni de justice la cause de l'action est toujours différente de la *causa petendi* des demandes formulées dans une procédure antérieure.⁴⁵
- iv. Il est clair que même s'il arrive généralement qu'une action fondée sur un déni de justice puisse devoir apporter une solution à ce qui n'a pas pu être résolu, du fait du déni de justice, il n'en demeure pas moins que l'action fondée sur le déni de justice prend en compte les circonstances dans lesquelles les procédures antérieures ont pu éluder le traitement adéquat, l'ensemble formant une configuration juridique radicalement distincte de ces dernières.

**

4. Il n'existe pas en l'espèce une "manière excessive ou abusive d'exercer un droit, au seule fin de causer du tort à autres ou dans le but d'éluder une règle de droit de façon à lui faire perdre son habilité à s'appuyer dessus »

42. La Sentence arbitrale du 13 septembre 2016 affirme dans son §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 (...). »
[Soulignement ajouté].

⁴³ Voir *Chevron v. Ecuador* (UNCITRAL), Interim Award, 1 December 2008, §207, accessible dans <http://bit.ly/2tic3i5> ; Shany (Y.) *Regulating Jurisdictional Relations between National and International Courts*, Oxford Univ. Press, 2009, 39; De Ly (F.)-Sheppard (A.), *ILA final report on res judicata and arbitration*, Arbitration International, 25(1) (2009), 76; Mayer (P) : *Le contentieux arbitral transnational relatif à l'investissement*, Paris, LGDJ, 2006, 197; Mayer (P) : *Contract claims et clauses juridictionnelles des traités relatifs à la protection des investissements*, Journal de Droit International, 136(1) (2009), 89

⁴⁴ Voir *Desert Line Projects v. Yemen* (ICSID), Award, 6 February 2008, §§77, 128-136, accessible dans <http://bit.ly/2j5oFXl>

⁴⁵ Voir *Chevron v. Ecuador* (UNCITRAL), Interim Award, 1 December 2008, §207; Shany (Y.), *Regulating Jurisdictional Relations Between National and International Courts*, Oxford Univ. Press, 2007, 23

43. L'État du Chili a violé et viole de façon systématique et persistante ses obligations internationales contenues dans l'API dès lors que les agissements se poursuivent en vue d'ignorer les effets du constat judiciaire, le 24 juillet 2008, de la nullité de droit public du Décret n° 165.
- a. L'expropriation indirecte depuis le 24 juillet 2008 des droits des investisseurs inhérents à la propriété des actions de CPP S.A., qui forme le fond du présent litige, vise à leur interdire l'accès à cette compétence. Violation de l'article 5 de l'API
44. Les faits ayant été établis, ces faits, pris isolément ou ensemble, démontrent que l'État défendeur n'a pas respecté ses obligations internationales de protection, de traitement juste et équitable, d'interdiction de la privation du droit de propriété des investisseurs sur la totalité de leur investissement garantis par les articles 3(1), 4 et 5 de l'API et les principes de droit international applicables.
45. En résumé, les agissements de l'État du Chili qui ont suivi le prononcé du Jugement du 24 juillet 2008 ont enfreint l'API et le Tribunal arbitral peut et doit prendre en considération :
- 1) Que le Jugement de la juridiction interne du 24 juillet 2008 constate le statut légal du Décret n° 165 relativement à la nullité de droit public ;
 - 2) Que le Tribunal arbitral est habilité à se fonder sur ce Jugement interne en interprétant le sens et la portée des articles 3(1), 4 et 5 de l'API à l'égard des différends nés les 28 janvier 2011 et 4 février 2013, en tenant compte, notamment, que ladite « nullité de droit public » signifie et implique que le Décret 165 n'a jamais fait valablement partie de l'ordonnancement légal interne, et, partant,
 - 3) Que l'État du Chili a manqué à ses obligations découlant des articles 3(1), 4 et 5 de l'API en ne reconnaissant pas que, du fait de la nullité de droit public du Décret n° 165 judiciairement constatée, les investisseurs demeurent les propriétaires légitimes de l'investissement depuis leur acquisition en 1972, sans interruption, la prescription extinctive de leur droit de propriété n'ayant pas eu lieu en l'espèce conformément au droit interne et, en tout état de cause, du droit international général ;
 - 4) Que l'État du Chili doit compenser l'effet dommageable résultant du manquement à ses obligations ex articles 3(1), 4 et 5 de l'API.
- b. Les actes de l'État du Chili relatifs au groupement d'avocats dont sont membres la majorité des arbitres dans la procédure suivie auprès du CIRDI entre juin 2013 et octobre 2017, enfreignent les articles 3, 4, 10(5) et 10(5) de l'API
46. Ces actes seront détaillés et étayés dans les écritures correspondantes pour manque d'espace dans le présent texte -qui n'est pas autorisé à dépasser les 25 pages.

II. Il n'y a pas de concours de juridictions, de bis in idem ni de lis pendens

- a. L'objet et la cause des controverses tranchées dans la Sentence arbitrale du 8 mai 2008 sont différents de ceux soumis au présent arbitrage

47. La Sentence de 2008 a déclaré la compétence du Tribunal arbitral pour connaître des controverses entre, d'une part, l'État du Chili et, d'autre part, M. Pey Casado et la Fondation « Président Allende », relatives à des violations de l'article 4 de l'API survenues entre 1995 et 2002, la Sentence ayant considéré aux §§437-500 et 568 que

« L'article 2.2 de l'API Espagne-Chili prévoit que '[l]e présent Traité s'appliquera aux investissements qui seraient réalisés à partir de son entrée en vigueur par des investisseurs de l'une des parties contractantes dans le territoire de l'autre. Toutefois, il bénéficiera également aux investissements réalisés antérieurement à son entrée en vigueur (...) 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 » (§§ 431-432) ;

« la Fondation Presidente Allende 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 » (§ 537) ; « aux yeux du Tribunal arbitral, (...) elle remplissait bien les conditions posées pour la compétence tant par l'article 25 de la Convention CIRDI que par l'API. »

48. Cette Sentence arbitrale du 8 mai 2008 a été prononcée dans des circonstances marquées par trois faits essentiels, à savoir

1) par la paralysie de la procédure initiée par M. Pey le 4 octobre 1995 auprès du 1^{er} Tribunal civil de Santiago (§674 de la Sentence arbitrale);

2) par le fait que la paralysie du Jugement interne a entraîné l'indétermination, à l'égard de ce qui pouvait être porté à la connaissance du Tribunal arbitral, du statut légal du Décret n° 165 : *« à la connaissance du Tribunal, la validité du Décret n°165 n'a pas été remise en cause par les juridictions internes et ce décret fait toujours partie de l'ordre juridique interne chilien »* (§603, soulignement ajouté) ;

3) la conséquence de cette indétermination à l'égard de la connaissance du Tribunal arbitral a entraîné que ce dernier a estimé devoir s'aligner sur l'hypothèse de la validité du Décret n° 165 et, par suite, déclarer n'avoir pas compétence *ratione temporis* pour trancher la controverse née en septembre 1995 basée sur l'article 5 de l'API (expropriation), car il ne pouvait se prononcer sur le statut du Décret n° 165 relativement à la nullité de droit public en l'absence de mise en œuvre par les juridictions internes, et,

4) en conséquence, le Tribunal arbitral a estimé devoir statuer, dans sa Sentence du 5 mai 2008, que

« l'expropriation litigieuse, qui a débuté avec les saisies effectuées par l'armée en 1973, s'est achevée avec l'entrée en vigueur du décret n°165 du 10 février 1975 (...) A cette date, l'expropriation était consommée, quelle que soit l'appréciation que l'on peut porter sur sa licéité. Aussi le Tribunal considère que l'expropriation dont se plaignent les demanderesse doit être qualifiée d'acte instantané, antérieur à la date d'entrée en vigueur de l'API » (§608) ;

5) la conséquence de cette paralysie de la procédure auprès du 1^{er} Tribunal civil de Santiago et, partant, la continuité de l'indétermination du statut du Décret n° 175 à l'égard de la connaissance du Tribunal arbitral, a entraîné la violation par le Chili de l'article 4 de l'API et la condamnation contenue au §674 et dans le Dispositif de la Sentence arbitrale du 8 mai 2008,

« le Tribunal à l'unanimité : (...) » 2. constate que la défenderesse a violé son obligation de faire bénéficier les demanderesse d'un traitement juste et équitable, en ce compris celle de s'abstenir de tout déni de justice ; 3. constate que les demanderesse ont droit à compensation ». ⁴⁶

Comme on le voit, l'imbrication entre la compétence et le fond étant structurelle dans la démarche initiale, elle se poursuit aujourd'hui, en dépit de la pleine élucidation du statut du Décret n°165 à l'égard de la connaissance du Tribunal arbitral. La séparation est impraticable.

49. Les Demanderesses se prévalent dans la présente procédure arbitrale des effets *res iudicata*, positifs et négatifs, de la Sentence arbitrale du 8 mai 2008, ferme et définitive, conformément à un principe de droit international bien établi dans le sens de l'article 38(I)(c) du Statut de la C.I.J.⁴⁷, des nos. 4(1), 4(2) et 6 des *Recommandations sur l'autorité de la chose jugée en arbitrage* approuvées par la International Law Association (Toronto 2006)⁴⁸, et de la jurisprudence des tribunaux suisses, qui considère que le principe de la *res iudicata* fait partie de l'ordre public procédural.⁴⁹

50. Par contre,

*Where a tribunal has merely declared itself to have no jurisdiction to entertain a suit, this does not prevent the same issue from being presented before another tribunal which may be competent.*⁵⁰

C'est le cas de la 2^{ème} Sentence arbitrale, prononcée le 13 septembre 2016 conformément à l'article 55(3) du Règlement du CIRDI⁵¹. Elle est citée seulement aux effets de montrer que

⁴⁶ Le *quantum* de la compensation ordonnée au para. 3 du Dispositif de la Sentence arbitrale du 8 mai 2008, ferme et définitive, n'a pas encore été déterminé, le Tribunal arbitral qui avait pour mission de le fixer ne l'a pas fait dans la Sentence du 13 septembre 2016, qui n'est pas ferme et définitive

⁴⁷ Voir Cheng (B.), *General Principles of Law as Applied by International Courts and Tribunals* (London: Sweet & Maxwell, 1953, repr. Cambridge: Grotius, 1987), pages 336-372 et les autorités citées

⁴⁸ Accessibles dans <http://www.ila-hq.org/en/committees/index.cfm/cid/19>

⁴⁹ Cfr. les Sentences de la Cour Suprême Fédérale 128 III 191, du 3 avril 2002, considérant 4^{ème} : « Le tribunal arbitral viole l'ordre public procédural s'il statue sans tenir compte de l'autorité de la chose jugée d'une décision antérieure ou s'il s'écarte, dans sa sentence finale, de l'opinion qu'il a émise dans une sentence préjudicielle (*Vorentscheid*) tranchant une question préalable de fond », accessible dans <http://bit.ly/2izw4Oi> , et la Sentence 127 III 279, du 14 mai 2001, considérant 2b : » Quant à l'autorité de chose jugée, ce principe interdit au juge de connaître d'une cause qui a déjà été définitivement tranchée; ce mécanisme exclut définitivement la compétence du second juge », accessible dans <http://bit.ly/2yMfSj6>

⁵⁰ Cheng (B.), *General Principles of Law ...*, cité, pages 337-338 et les autorités citées

⁵¹ Article 55(3) : « Si la sentence initiale n'a été annulée qu'en partie, le nouveau Tribunal ne procède pas à un nouvel examen de toute partie non annulée de la sentence. »

le Tribunal arbitral de Resoumission a déclaré, à la demande du Chili, ne pas avoir de compétence sur les différends survenus après le 6 novembre 1997 (i.e., la date de la Requête tranchée dans la Sentence arbitrale du 8 mai 2008).

- b. L'État du Chili a soutenu avec succès que le 2^{ème} Tribunal du CIRDI n'est pas compétent à l'égard de la controverse née à l'occasion du Jugement du 24 juillet 2008. Estoppel

51. C'est un fait avéré que, au préjudice des Demanderesses, l'État du Chili a soutenu devant le Comité *ad hoc* en 2011 et devant le deuxième Tribunal arbitral du CIRDI constitué le 31 décembre 2013

- a) Qu'aucun de ces deux organes du CIRDI n'avaient compétence *ratione temporis* pour connaître du différend né entre les parties à l'occasion dudit Jugement interne du 24 juillet 2008, ni de l'injure inhérente, corrélative ou consécutive, au droit international, ni du dommage causé aux investisseurs, ni de l'évaluation du montant de l'indemnisation à laquelle ils ont droit conformément à l'API ;
- b) Qu'aucun des deux organes du CIRDI ne devrait accepter aucune preuve ni allégation des Demanderesses relative à ce Jugement interne – alors même qu'il élucide ce qu'occultait le déni de justice spécifique, constitué par la paralysie induite dudit Jugement- et aux faits qui s'en sont suivis, révélateurs d'une nouvelle tentative de l'État du Chili de priver les Demanderesses de leurs droits : fond et compétence toujours indissociablement liés sur cette question du constat de la nullité de droit public du Décret n° 165.

Cette prétention du Chili a été accueillie par le Comité *ad hoc* en 2011 et, également, dans la Sentence arbitrale du 13 septembre 2016 :

CIRDI 2 ^{ème} Sentence arbitrale	2016- 09-13	[Selon l'État du Chili] « 131. (...) l'ensemble des décisions sollicitées par les Demanderesses, en particulier celles qui sont relatives aux prétendues violations post-Sentence Initiale de l'article 4 du TBI, excèdent le pouvoir du Tribunal (...) » ⁵²
CIRDI 2 ^{ème} Sentence arbitrale	2016- 09-13	“147. La Défenderesse fait valoir que de nouveaux éléments de preuve, par exemple la décision du Tribunal de Santiago [du 24 juillet 2008], ne permettent de revenir sur une sentence que dans le cadre d'une procédure de révision conformément à l'article 51 de la Convention CIRDI (...) » ⁵³

⁵² Dans leur Mémoire en Demande du 18 juin 2013, accessible dans <http://bit.ly/2iuQ9oH>, les Demanderesses sollicitaient du Tribunal arbitral qu'il prenne en considération « comme il convient, le constat fait par ce jugement du 24 juillet 2008 de la 'nullité de droit public' du Décret n°165. Mais si la représentation de l'Etat cherchait à neutraliser dans la présente étape de la procédure ce constat, les Demanderesses soumettent que lesdits agissements devant les Cours de Justice de Santiago visant à priver d'effet le jugement du 24 juillet 2008 inaudita parte 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, dont le Tribunal devra tenir compte lorsqu'il fixera dans la Sentence à venir le quantum de l'indemnisation due aux Demanderesses par la République du Chili au titre de l'article 4 de l'APP » (§276, citations omises)

⁵³ L'article 51 de la Convention du CIRDI dispose : « (1) Chacune des parties peut demander (...) la révision de la sentence en raison de la découverte d'un fait de nature à exercer une influence décisive sur la sentence, à condition qu'avant le prononcé de la sentence ce fait ait été inconnu du Tribunal et de la partie demanderesse (...) » (soulignement ajouté)

2 ^{ème} CIRDI Sentence arbitrale	2016- 09-13	“148. Selon la Défenderesse, les actes et omissions dont se plaignent maintenant les Demanderesses tombent en dehors du champ d’application temporel et matériel du déni de justice constaté par le Tribunal Initial, qui s’étend de 1995 à 2002. »
2 ^{ème} CIRDI Sentence arbitrale	2016- 09-13	« 216. Le Tribunal relève (...) 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 (...) « L’ensemble de cet argument n’entre clairement pas dans le champ de compétence de ce Tribunal, (...). 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 [le 6 novembre 1997]. <u>Les questions qui ont surgi entre les Parties après cette date</u> – et a fortiori les questions découlant d’une conduite postérieure à la Sentence – <u>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</u> » (soulignement ajouté).

**

- c. L’État du Chili a soutenu avec succès que Mme. Coral Pey Grebe - cessionnaire de 10% des actions de CPP S.A.- n’a pas le droit d’agir sous la juridiction du CIRDI en raison de sa double nationalité chilienne

52. À la demande de l’État du Chili⁵⁴, Mme. Pey Grebe n’a pas été admise en qualité de partie Demanderesse à la procédure arbitrale du CIRDI dans laquelle a été prononcée la [Sentence arbitrale du 13 septembre 2016](#). Cette Sentence a satisfait cette demande du Chili (§§188, 350).

53. **En résumé** : il n’y a pas identité *eadem res* ni *eadem causa petendi* dans les procédures tranchées dans les Sentences arbitrales des 8 mai 2008 et 13 septembre 2016 et dans le Jugement interne du 24 juillet 2008, et la présente procédure relative à des faits postérieurs à ce dernier enfreignant les articles 3, 4, 5 et 10(5) de l’API, initiée le 12 avril 2017 et dans laquelle Mme. Pey Grebe a le droit d’agir. Sur ce point aucune objection à la compétence n’a de fondement.

III. La bifurcation intentée par la Défenderesse n’a pas de fondement

54. Ni les choses demandées ni les causes des demandes dans la présente procédure sur la base de l’autorité de la chose jugée ne sont identiques dans aucune procédure devant un tribunal

⁵⁴ [Sentence arbitrale du 13 septembre 2016](#), §§128, 130

arbitral compétent *ratione temporis* et/ou *ratione personae*, ou devant les juridictions internes.

55. Or alors que la *res iudicata* se distingue par les trois éléments que sont l'identité des parties, l'objet et la cause⁵⁵, dans la présente procédure ni les parties (Mme. Coral Pey Grebe), ni l'objet (les conséquences juridiques et factuelles), ni la cause (les violations à l'API postérieures au 24 juillet 2008), ne sont identiques à celles des procédures dans lesquelles ont été prononcées la Sentence arbitrale initiale du 8 mai 2008 ou la 2^{ème} Sentence arbitrale en resoumission du 13 septembre 2016 -qui a déclaré son incompétence *ratione temporis* relative à ces violations.
56. Il est *res iudicata* que la paralysie de la procédure interne devant conduire à ce Jugement par l'État Défendeur a été jugée comme constitutive d'une violation de l'article 4 de l'API (§674 et para. 2 du Dispositif de la Sentence arbitrale du 8 mai 2008). L'État du Chili a empêché les investisseurs de connaître l'existence du Jugement du 24 juillet 2008 dans les délais et sous la forme établis par la loi interne. En l'espèce, le fait de porter à la connaissance du présent Tribunal arbitral le Jugement interne du 24 juillet 2008 et son rapport avec les infractions à l'API ne consiste ni à reconsidérer ni à contredire en aucune façon les questions déjà tranchées, avec l'autorité de la chose jugée, dans la Sentence du 8 mai 2008.
57. Il est conforme au droit international qu'aux fins de la portée de la *res iudicata* qui s'attache à un arrêt,

*« dans le cas d'un arrêt particulier, il peut se révéler nécessaire d'opérer une distinction entre, premièrement, les questions qui ont été tranchées, le cas échéant implicitement, avec force de chose jugée ; deuxièmement, les questions accessoires ou subsidiaires, ou obiter dicta ; troisièmement, celles qui n'ont pas été tranchées du tout. (...). Si un point n'a en fait pas été tranché, ni expressément ni par implication logique, l'arrêt n'a pas force de chose jugée sur celui-ci ; et il peut être nécessaire de lire une conclusion générale dans son contexte afin de déterminer si elle recouvre tel point en particulier. »*⁵⁶

En l'espèce, c'est un fait ayant l'autorité de la chose jugée que l'État Défendeur a contraint le Tribunal arbitral du CIRDI à prononcer sa Sentence du 8 mai 2008 sans pouvoir connaître la décision sur le fond du 1^{er} Tribunal civil de Santiago, qui devait mettre fin à l'indétermination du statut du Décret au regard de la connaissance du Tribunal arbitral.

58. Or cette indétermination relative au statut du Décret n° 165 ayant trouvé sa réponse dans le Jugement du 24 juillet 2008, le présent Tribunal arbitral a compétence pour décider le différend qui lui est soumis en pleine connaissance de ce que ladite indétermination au regard du Tribunal arbitral relative à ce statut a été levée et la présente controverse est différente à celle soumise le 6 novembre 1997 à un Tribunal du CIRDI. Le Tribunal arbitral est par conséquent compétent conformément aux articles 1, 2(2), 10(1), 10(2) et 10(3) de l'API :
- a. Pour juger la controverse surgie à partir du 28 janvier 2011, sans qu'il soit interdit au Tribunal de prendre en considération des faits antérieurs pour examiner le contexte dans lequel est intervenu l'acte complexe et continu que les demanderesses estiment devoir être qualifié de violations de l'API postérieure au 24 juillet 2008 ;

⁵⁵ Interprétation des Arrêts No 7 et 8, Usine de Chorzów, arrêt No. 11 du 16 décembre 1927, opinion dissidente de M. Anzelotti, PCIJ Rep., Series A No. 13, page 23, accessible dans <http://bit.ly/2soqeTl>

⁵⁶ *Ibid.*, p. 126

- b. Pour déterminer que le lien de causalité du droit à compensation des investisseurs a consisté dans le rejet - enfreignant les articles 3(1), 4, 5 et 10(5) de l'API- des revendications adressées par les investisseurs à partir du 24 juillet 2008 aux autorités exécutives, administratives et judiciaires en vue de faire respecter leurs droits garantis par l'API ;
- c. Pour déclarer que les investisseurs doivent être placés dans la position où ils se trouveraient vraisemblablement si depuis le 24 juillet 2008 la violation des articles 3, 4, 5 et 10(5) de l'API n'avait pas eu lieu.

59. Par ces motifs, les Demanderesses concluent a) que l'objection formulée par l'État chilien est frivole et que lui donner suite fort probablement ne ferait qu'accroître les frais et le temps de la procédure ; b) que les objections à la compétence sont tellement imbriquées que la bifurcation que sollicite l'État Défendeur n'est pas justifiée et devrait être refusée conformément à la pratique des tribunaux arbitraux⁵⁷ et à la doctrine⁵⁸, l'imbrication étant consubstantielle au litige et la compétence manifeste à tous égards ; c) que le frais du présent incident devraient être mis à la charge de la Défenderesse.

A titre subsidiaire

60. La présente proposition subsidiaire tient compte de la dernière phrase de l'article 21(4) du Règlement et du fait que, comme ont affirmé plusieurs Tribunaux arbitraux, la décision relative à la bifurcation ou non bifurcation est réversible :

Affaire Mesa Power Group, LLC v. Gov. of Canada, UNCITRAL (Règ.1976):

*The Tribunal will likely need to establish certain facts and the connections between these facts. Such an inquiry will best be conducted together with the merits phase, when the Tribunal will have the benefit of the entire record, including documents obtained through document production orders and witness evidence. (...) as matters stand now, the discontinuation of the bifurcation appears on balance and considering all the circumstances and different possible outcomes to be the most advisable solution.*⁵⁹

Affaire Lao Holdings N.V. and Sanum Investments Limited v. Lao People's Democratic Republic, ICSID Case No. ARB(AF)/16/2 et ICSID Case No. adhoc/17/1⁶⁰ :

⁵⁷ Voir *Murphy Exploration v. Canada*, UNCITRAL (1976), Decision on Bifurcation, 19 décembre 2012, §66-68 et 74(ii), accessible dans <http://bit.ly/2zNo27K> ; *Glamis Gold, Ltd. v. United States*, Award, 8 June 2009 (UNCITRAL, 1976), §§197-199, dans <http://bit.ly/2zOHrG3>; *Methanex Corp v. U.S.* (UNCITRAL, 1976), Partial Award, 7 août 2002, §167, dans <http://bit.ly/2h81hnW>, et Final Award, 3 août 2005, Part II, Chapter C, at 5-7, §16, dans <http://bit.ly/2yJjAKw>

⁵⁸ Greenwood (L.), *Does Bifurcation Really Promote Efficiency?*, 28 J. Int'l Arb. 105, 112 (2011), pp.107, 108, 111: "an examination of the limited available empirical data on bifurcation of disputes shows that, **contrary** to this view, bifurcation does not always necessarily result in the tribunal issuing a final award more promptly. (...) Given the above, tribunals should be cautious about proceeding with a twin-track approach to a case without good cause. A party may be advocating bifurcation to delay and obstruct the arbitration, rather than to make it more efficient (...)" (souligné dans l'original); Habegger (Ph. A.): *The Arbitrator's Duty of Efficiency: A Call for Increased Utilization of Arbitral Powers*, dans *The Powers and Duties of an Arbitrator: Liber Amicorum Pierre A. Karrer*, Jan 2017, pp.130, 131: "Tribunals should therefore only provide for bifurcation 'when doing so may genuinely be expected to result in a more efficient resolution of the case'", accessible dans <http://bit.ly/2gI6XIn>

⁵⁹ *Affaire Mesa Power Group, LLC v. Gov. of Canada*, PCA Case No. 2012-17, UNCITRAL (1976), Procedural Order num. 3, 28 March 2013, §§73, 74, accessible dans <http://bit.ly/2lmRJKv>

⁶⁰ *Affaire Lao Holdings N.V. and Sanum Investments Limited v. Lao People's Democratic Republic*, ICSID Case

The procedural question is whether it would be efficient to separate out the preclusion/estoppel issue from the remainder of the case (...) or to consider these objections together with full briefing on the merits. (...) The lines between the “bifurcated” issues and the “non-bifurcated” issues will be difficult to police, and any attempt to bifurcate could spawn considerable procedural dispute. The Tribunal sees little efficiency in going down this road. It would be particularly inefficient in the event the Tribunal finds (...) that at least some of their allegations and claims were not addressed, or at least not definitively resolved, by the SIAC Tribunal. In that event, the Parties still would have to commence a whole new round of merits briefing on the remaining issues, leading to yet another hearing. (...) For the reasons above, the Tribunal holds (...) (a) denies the request to consider and resolve Respondent’s jurisdictional objections prior to the liability phase of this case.

61. Les Demanderesses proposent à titre subsidiaire que le Tribunal arbitral prenne connaissance dans un premier échange (Mémoire et Réponse) des faits et des fondements légaux de la controverse et de leur contexte, et, ensuite, en pleine connaissance de cause, décide le cas échéant s’il y a lieu à bifurcation, ou non, entre la compétence et le fond. Car compte tenu que la Notice d’arbitrage se base, entre autres, sur l’autorité de la chose jugée de la Sentence arbitrale du 8 mai 2008, il est conforme au droit international que

«si une question se pose quant à la portée de l’autorité de la chose jugée qui s’attache à un arrêt, elle doit être tranchée compte tenu du contexte dans lequel l’arrêt a été rendu ».⁶¹

En l’espèce, le contexte et la portée exacte de l’autorité de la chose jugée relative à divers points particuliers de cette Sentence arbitrale ne peuvent être étayés correctement que dans le Mémoire sur le fond de la controverse et la compétence du Tribunal arbitral.

No. ARB(AF)/16/2 et ICSID Case No. ADHOC/17/1, Procedural order num. 2, 23 octobre 2017, §44, 45, 52, accessible dans <http://bit.ly/2yXUFSW>

⁶¹ C.I.J., affaire relative à l’application de la Convention pour la prévention et la répression du crime de génocide (Bosnie-Herzégovine c. Serbie-et-Monténégro), arrêt du 26 février 2007, p. 125, accessible dans <http://bit.ly/1f8dorW>