

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

Que les Demandées soumettent au Tribunal arbitral conformément à sa décision du 24 mai 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 la *res iudicata*.

Présentées par le Dr Juan E. Garcés, représentant des Demandées, 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 7 juin 2018

Monsieur le Président du Tribunal arbitral, Madame et Monsieur les arbitres.

Conformément à la décision du Tribunal du 24 mai 2018, les Demandées résument ci-après les éléments factuels et légaux qui doivent faire échec aux exceptions à la compétence du Tribunal formulées par l'État Défendeur le 31 mai 2018 confirmant celles opposées le 21 mai.

I. Introduction

1. Le Mémoire complémentaire, de même que le *Counter-Memorial*, est une attaque tendancieuse, agressive, qui a dévié ou dénaturé la cause et l'objet de la Demande des Demandées (ci-après le « **Mémoire** »), les arguments logiques, ciblés, portant i) sur des actes de l'État manquant à des obligations établies dans l'API, ii) de déni de justice en vue d'empêcher les Demandées de poursuivre valablement leurs demandes et expertises fondées sur les principes de *Chorzow*, iii) de leur fermer la porte d'accès aux Tribunaux internationaux et nationaux, iv) sur le fait de déclarer en 2009 « abandonnée » la procédure interne après un Jugement dont M. Pey n'avait pas connaissance révélant l'invalidité du Décret 165. L'État y tente de replaider des décisions antérieures d'autres instances internationales en omettant soigneusement les fondements de ces décisions et les faits postérieurs au 3 novembre 1997 hors la compétence du CIRDI, dans un cadre juridique différent au Chili.

2. Contrairement à ce que suggère l'État, il ne s'agit nullement d'une resoumission de la Requête traitée par la Sentence du CIRDI du 8 mai 2008 (ci-après « la SI » et « le TI »). C'est une Demande nouvelle sur la justice refusée aux investisseurs par la conduite de l'État à l'encontre de ce qui est *res iudicata* dans cette SI, bloquant leur accès aux recours disponibles dans le cadre constitutionnel et légal. Le fait que les droits à réparation surgissent dans un contexte de comportements antérieurs à l'API, et que le blocage par l'État d'une voie de redressement différente en vertu d'une autre loi chilienne relevait de la compétence d'un tribunal CIRDI précédent, n'exonère en rien la responsabilité internationale de l'État pour des actes de déni de justice envers les investisseurs après le 3 novembre 1997. Ces derniers attirent respectueusement l'attention du Tribunal sur les principes énoncés dans la sentence *Mondev*, en particulier au §70 et ss.¹

3. Le Comité *ad hoc* d'annulation de la Sentence en resoumission du CIRDI du 13 septembre 2016 (ci-après « la SR » et « le TR ») s'est prononcé le 15 mars 2018 sur la question de la relation entre ces deux procédures et la règle d'exclusivité du CIRDI. En rejetant la demande de l'État il a déclaré qu'il n'y avait aucun obstacle aux réclamations devant le présent Tribunal CNUCDI concernant des faits internationalement illicites postérieurs au 3 novembre 1997.²

¹ Pièce C142, *Mondev v. USA*, ICSID, Case ARB(AF)/99/2, Award, 11 oct. 2002

² Pièce C461 : « Le Comité confirme que les effets de l'autorité de la chose jugée et de la litispendance interdisent aux Demandées 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. (...). Toutefois, ces principes ne s'appliquent pas à de nouvelles demandes, c'est-à-dire à des demandes qui résultent prétendument de

4. Ni le Mémoire complémentaire ni le *Counter-Memorial* ne contiennent aucune réponse claire ou réfutation du déni de justice envers les investisseurs. Le Jugement du 24 juillet 2008, en tout point incompatible avec la validité du Décret de 1975 -l'État a toujours su que la confiscation est une situation de fait, nulle *ab initio* pour inconstitutionnalité- a, au moyen d'une *mutatio libelli* de complaisance à l'État, attribué dans son Consid. 9^{ème} le droit d'agir à EPC Ltée et ensuite -alors que M. Pey était en fait sous interdiction du territoire et privé même des droits civiques - les Consids. 14^{ème} à 17^{ème} déclarent prescrite l'action que celui-ci n'avait pu exercer qu'après avoir récupéré le 29 mai 1995 ses titres de propriété de l'investissement. L'application de la prescription elle-même est un déni de justice³ Le droit chilien offre des remèdes à cette décision, il ne s'agit pas ici de dommages-intérêts pour expropriation, comme l'affirme l'État, mais de *restitutio in integrum* car l'expropriation n'a pas eu lieu dès lors que le Décret 165 est inconstitutionnel et nul *ex tunc*. L'État a empêché qu'il puisse être fait appel de la décision par le biais i) de ne pas la notifier à l'investisseur, alors que l'article 52 du Code de Procédure civil ordonne de le faire en personne⁴; ii) en lui interdisant l'accès à tout recours et en faisant déclarer, illégalement, qu'il aurait « abandonnée » la procédure; iii) sans lui donner de préavis lui permettant l'accès aux Tribunaux et ainsi contextualiser le soi-disant «abandon ».

II. Les exceptions à la compétence enfreignent des principes de droit international

5. Le Tribunal arbitral doit tenir pour *res iudicata* les questions de fait et de droit essentielles pour la SI prononcées par MM. Lalive, Gaillard, Chemloul, en particulier : a) que le 29 mai 1995 un Tribunal chilien a reconnu la propriété de M. Pey sur la totalité des actions de CPP S.A. (§666) ; b) que cet investissement -et les droits à poursuivre toute réparation y attachée- est couvert par l'API (§411, 432); c) que le 6 mai 2003 l'État a reconnu en présence des arbitres du TI l'invalidité de la confiscation de biens de CPP S.A. et EPC Ltée et le devoir d'indemniser les dommages subis par leurs propriétaires (§§667, 668); d) qu'à cet égard l'État a manqué à son obligation de traitement juste et équitable, en ce compris le déni de justice, i) depuis 2000, en n'indemnisant pas les Demandées mais des tiers qui n'étaient pas propriétaires, ii) depuis 2002, en paralysant pendant plus de sept ans

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 Demandées, soit le 3 novembre 1997 » §§79-80 (soulignement ajouté)

³ Comme a dit le tribunal Mondev à propos de la règle d'immunité des autorités en droit interne américain, la question est de savoir si, dans les circonstances spécifiques de l'investisseur, l'application d'une règle constitue un déni de justice (**pièce C142**, §§151-152). Dans le contexte chilien, c'est clairement le cas, voir E. Barros **pièce C92bis**, page 533, n° 137, publient en 2007 le contraire de ce qu'il affirme en qualité d'expert du Chili (v. **pièce C475**, page 5 (9)). Compte tenu des événements très politiques à l'origine du comportement illégal et inconstitutionnel pour lesquels l'État refuse en 2008-2011 aux investisseurs un recours prévu dans le cadre légal et constitutionnel, les investisseurs n'ont pas pu poursuivre efficacement une action dans le délai prescrit

⁴ Cfr. le **Mémoire** du 6 janvier 2016, §§208-212, 224, 230

le prononcé du Jugement qui, deux mois après la SI, allait se révéler incompatible avec la validité du Décret 165 (nbp 409, §§78, 459, 669-674) ; e) que M. Pey et la Fondation ont droit à compensation.⁵

6. Il est également acquis que la SR prononcée par MM. Berman, Veeder, Mourre, dont la seule mission était de fixer le montant de l'indemnisation, a déclaré son manque de compétence pour connaître des « *questions qui ont surgi entre les Parties après [la] date critique* (...) [qui], ne peuvent pas (...) entrer dans le champ de la procédure de nouvel examen »⁶. Cette date est celle de la Requête d'arbitrage de novembre 1997, fondée sur l'article 5 de l'API (expropriation), que le TI a déclarée hors sa compétence *ratione temporis* (§§6, 610 à 612) dans le cadre juridique et factuel où celui-ci a dû statuer, i.e. **deux mois avant que le Tribunal de Santiago rende son Jugement totalement incompatible avec la validité du Décret 165 alléguée par l'État** (SI, §78 et nbp 55, qui renvoient à la Réponse de l'État du 17 avril 1996 à M. Pey dans la procédure interne (**pièce C17**)).

7. La SR a précisé que son contenu « *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 Demandéresses, 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.* » (§244)

8. Le présent Tribunal arbitral a la compétence et l'obligation d'appliquer les principes pertinents de droit international conventionnel et coutumier, compris dans le sens de l'article 38(1) du Statut de la C.I.J.⁷ et conformément à ce que disposent les articles 10(4) et 10(5) de l'API Espagne-Chili.

9. L'article 26 de la Convention de Vienne sur le droit des traités, les principes de droit international confirmés dans l'article 30 du Projet d'articles de la CDI sur la responsabilité de l'État pour fait internationalement illicite⁸, sont enfreints dans les exceptions à la compétence du Tribunal arbitral que soulève l'État. Conformément à l'article 31 du Projet de la CDI, depuis la SI l'État a l'obligation de réparer intégralement tout dommage (*Chorzow*), le préjudice subi du fait des actes illicites commis depuis 2000 constituant, selon la SI, «*un acte composite comprenant une série*

⁵ **Pièce C14**, Sentence arbitrale (§§665-674 et pp. 1 à 3 du Dispositif), une procédure commencée le 3 novembre 1997 pour violation de l'art. 5 de l'API (§§6, 603) et de l'article 4 depuis mai 2000 (§§611-674)

⁶ **Pièce C39**, Sentence en resoumission du 13 septembre 2016, §216

⁷ **Pièces C462**, *Merrill v. Government of Canada*, UNCITRAL, Award, 31 March 2010, §184; **C463**, *International Thunderbird v. Mexico*, UNCITRAL, Award, 26 January 2006, §90; **C464**, *Methanex v. USA*, UNCITRAL, Award, 3 August 2005, Part II, Ch. B, ¶ 3

⁸ « *L'État responsable du fait internationalement illicite a l'obligation: a) d'y mettre fin si ce fait continue* » ; le commentaire de la CDI précise que « *le mot «fait» désigne aussi bien une action qu'une omission. La cessation s'applique donc à tous les faits illicites qui se prolongent dans le temps, ‘que le comportement de l'État auteur soit une action ou une omission ... puisqu'il peut y avoir cessation dans une abstention d'agir’.* » Voir **pièces C264**, *LG&E Energy Corp. v. Argentine*, ICSID Case No. ARB/02/1, Sentence, 25 juillet 2007, §85, et les arrêts de la C.I.J. *Activités militaires au Nicaragua*, 27 juin 1986, page 149 (**C465**), *Personnel diplomatique et consulaire*, 24 mai 1980, §§ 77-78 et 95(1) (**C466**), *Haya de la Torre*, 3 Juin 1951, p.82 (**C467**)

d'atteintes au traitement juste et équitable de l'investissement des parties demanderesses, résidant essentiellement dans la Décision n°43 et le déni de justice allégué qui lui est lié» (§623).

10. Les exceptions à la compétence du Tribunal arbitral que soulève l'État enfreignent ces obligations internationales pour les motifs étayés dans les écritures des Demandereuses des 12 avril 2017, 8 novembre 2017 et dans le **Mémoire** (Section VII).

11. Pour ces raisons doivent être rejetées les exceptions alléguées par l'État dans son *Counter-Memorial* complémentaire du 31 mai 2018 (§§2, 4(1), 4(2), 7 à 10).

III. Conformément aux articles 2(2)⁹, 10(1)¹⁰ et 10(3) de l'API, le Tribunal est compétent pour juger les violations de l'API postérieures au 8 mai 2008

12. Dans leur **Mémoire** (section III) les investisseurs ont identifié des violations aux articles 3(1), 4, 5 et 10(5) de l'API Espagne-Chili différentes et postérieures à celles pour lesquelles la SI a condamné l'État du Chili.

13. Dans une langue latine telle que l'espagnol, la première acceptation des mots « *un* », « *uno* », « *una* » est celle d'un article indéfini¹¹, équivalent en français à « un ». C'est le cas dans l'API Espagne-Chili¹² dont l'article 10(2) établit une *fork in the road* en rapport avec un même différend.¹³

Cette condition n'existe pas dans l'article 10(3). L'État y a ajouté une condition afin d'essayer d'empêcher que des controverses distinctes de celles précédemment tranchées par un tribunal du CIRDI soient portées devant un tribunal de la CNUDCI. Cette prétention constitue en soi une violation des principes fondamentaux d'interprétation des traités selon la Convention de Vienne.

14. En outre, lorsque le Chili a souhaité soumettre l'accès d'une controverse à une condition disjonctive (*either to ICSID or to UNCITRAL*) ou à une *fork in the road*, cela a été indiqué explicitement dans le texte des traités.¹⁴

⁹ Article 2(2) de l'API : « **Le présent Accord s'appliquera, à partir de la date de son entrée en vigueur, aux investissements effectués par des investisseurs d'une Partie contractante sur le territoire de l'autre Partie (...) avant son entrée en vigueur** (...) » [soulignement ajouté]

¹⁰ Article 10(1) de l'API : « **Tout différend** relatif aux investissements, au sens du présent Traité, entre l'une des Parties et **un** investisseur de l'autre Partie sera (...) » (soulignement ajouté)

¹¹ **Pièce 468**, Dictionnaire Panhispanique des doutes, publié par les Académies de la langue Espagnole : « **uno - na. Puede ser un indefinido (1) o un numeral cardinal (2)** », accessible dans <http://lema.rae.es/dpd/?key=uno>

¹² **Pièce C1e**, API España-Chile en espagnol, articles 1(2) « **un contrato** »; 4 « **un tratamiento** », « **un tercer país** », « **un mercado común** », « **un acuerdo** », « **un plazo** »; 7 « **un trato** »; 8 « **un inversor** »; 9, « **un Tribunal** », « **un ciudadano** »; 10(1), « **un inversionista** »; 10(2), « **un tribunal** »; 10(6), « **un arbitraje** »; 11, « **un preaviso** »

¹³ **Pièce C1**, article 10(2) : « Si le différend ne peut être réglé dans un délai de six mois (...), il sera soumis, au choix de l'investisseur : - **Soit aux** juridictions nationales de la Partie impliquée dans le différend; - **Soit à** l'arbitrage international, dans les conditions décrites au paragraphe 3. Quand un investisseur aura soumis le différend aux juridictions de la Partie impliquée ou à l'arbitrage international, le choix de l'**une** ou l'autre de ces procédures sera définitif. »

¹⁴ Voir les API convenus par le Chili avec Corée, **pièce C469** (art. 8(2)) ; Liban, **C470** (arts. 10(2) et (3); Nouvelle Zélande, **C471** (art. 10(2); Afrique du Sud, **C472** (art. IX(2) et (3)) ; Turquie, **C473**, (art. XI(2) et (3)) ou le Viêt-Nam, **C474** (art. IX(2) et (3))

15. Pour ces raisons doivent être rejetées les exceptions alléguées par l'État dans son *Counter-Memorial* complémentaire (§§2, 4,7 à 10) et dans celui du 21 mai 2018 (en particulier dans les §§198, 202, 222, 230, 231, 301, réitérées sous diverses formes dans d'autres paragraphes).

IV. Le Tribunal a compétence pour juger une demande nouvelle à l'encontre de l'État pour n'avoir pas mis fin, après la Sentence arbitrale de 2008, à ses manquements aux obligations y établies avec l'autorité de la chose jugée

16. L'État du Chili ayant manqué à cette obligation, les Demandées ont droit à formuler une nouvelle demande pour ces motifs, conformément à l'article 10(5) de l'API¹⁵ et au droit international coutumier cité *supra*.¹⁶

17. Par ces motifs, conformément à l'autorité de la chose jugée de la SI, et sans qu'aucun *bis in idem* ne soit caractérisé, doivent être rejetées pour être contraires à l'article 10(5) de l'API, à l'article 53 de la Convention du CIRDI et aux principes de droit international cités, les exceptions alléguées par l'État dans son *Counter-Memorial* complémentaire du 31 mai 2018 (§§2, 4, 7 à 10), et dans celui du 21 mai 2018 (§§2, 31, 32, 33, 37, 38, 126, 127, 198, 210, 216, 221, 279-283, 301, 304, réitérées sous des formes parfois différentes dans d'autres paragraphes).

V. Le Tribunal a compétence pour fixer le quantum du dommage dû par l'État pour les violations enfreignant l'article 4 de l'API. Les articles 26 et 52(6) de la Convention du CIRDI sont inopérants en l'espèce

18. La question relative au montant de l'indemnisation due par l'État pour les violations commises en 2000 et 2002 n'est pas encore tranchée sur le fond.

19. En effet, la Décision du 18 décembre 2012 du Comité *ad hoc* du CIRDI, formé par MM. Fortier, Bernardini et Al-Kosheri,¹⁷ a annulé le montant de l'indemnisation établi dans le point 4 du Dispositif de la SI, en tout premier lieu, parce que le TI n'avait pas permis aux parties d'être entendues au sujet de la prétention formulée par les Demandées, à savoir -ce qui n'est en aucune façon une « resoumission » de la demande initiale, mais la modalité conforme d'établissement du montant de la réparation : l'équivalence du montant du dommage pour les violations commises à l'article 4 de API en 2000 et 2002 -infraction au traitement juste et équitable- avec ce qu'aurait été le

¹⁵ Pièce C1, API Espagne-Chili, article 10(5) : « *Les sentences arbitrales seront définitives et auront force obligatoire pour les parties au conflit* »

¹⁶ Cfr. Iran v. USA, Interlocutory Award No. ITL83-B1-FT, 9 Sept.2004, 2004WL 2210709 (Iran-U.S.Cl.Trib.), ¶ 35: “... the United States is **entitled to assert a new claim** based on Iran's non-compliance, since December 2000, with its Paragraph 7 obligation and to request that Iran's non-compliance cease. The United States' right to assert **this new claim was not extinguished** by the Tribunal's Decision in Case No. A28 - which, in any event, only addressed Iran's non-compliance from late 1992 until December 2000 . . . the Tribunal concludes that the United States' claim in the present Case and its claim in Case N A28 are **not identical**. Iran's argument to the contrary is therefore dismissed.”

¹⁷ Pièce C15, Décision du Comité *ad hoc* du 18 décembre 2012, §§ 263, 264, 266, 280-287

montant pour violation à l'article 5 -expropriation indirecte des droits des investisseurs existant en 2000 et 2002:

§264. "Les parties n'ont pas eu la possibilité de déposer des mémoires (...). §266. "(...) à aucun moment [le Tribunal] ne s'est référé à des arguments invoqués par l'une ou l'autre des parties. (...) les Demandées ont soutenu (...) que l'indemnisation due était équivalente à celle résultant de la confiscation, étant donné que la violation de l'API [en 2000 et 2002] par le Chili avait pour conséquence d'empêcher les Demandées d'obtenir une indemnisation au titre de la confiscation. Le Tribunal a cependant adopté un autre standard. Il a placé les Demandées dans la situation dans laquelle elles se seraient trouvées s'il n'y avait pas eu de violation de l'API [en 2000 et 2002]... » §271. (...) une erreur annulable dans le processus suivi par le Tribunal pour parvenir à sa conclusion, et non dans les modalités de calcul du montant des dommages-intérêts. » [Soulignement ajouté]

20. Pour sa part, la SR du CIRDI a placé les Demandées dans l'impossibilité de démontrer cette équivalence des montants dès lors qu'elle a considéré que les questions surgies entre les parties après le 3 novembre 1997 étaient hors la compétence du TR (§216). En conséquence, la SR a écarté la prise de connaissance des moyens de preuve produits par les Demandées du dommage causé à partir de mai 2000 (la « Décision 43 ») pour fixer le *quantum* de l'indemnisation fondés sur ladite équivalence, tels que le Rapport d'Accuracy. Cette question de l'équivalence des montants n'a pas été tranchée sur le fond et n'est pas forcée.

21. L'incompétence du TR pour déterminer que le montant de « *l'indemnisation due* » du fait de ces violations de l'article 4 de l'API en 2000 et 2002 « était équivalente à celle résultant de la confiscation », rend inopposable les articles 26 et 52(6) de la Convention CIRDI au présent Tribunal arbitral, comme l'a décidé le Comité *ad hoc* du CIRDI (§3 *supra*) et soutient la doctrine qualifiée.¹⁸

22. Par ces motifs, conformément à l'autorité de la chose jugée de la SI, sans qu'un *bis in idem* puisse avoir lieu, doivent être rejetées comme contraires à l'article 10(5) de l'API, à l'article 53 de la Convention du CIRDI et aux principes de droit international cités *supra*, les exceptions alléguées par l'État dans son *Counter-Memorial* complémentaire (§§1, 2, 4(1) et (2), 7 à 10) confirmant celles de invoquées le 21 mai 2018 (§§2, 24, 28-30, 32-34, 37, 38, 126, 127, 169-283, en particulier les §§189, 198, 216, 221-236, 243-259, 267-277, 279-283- §301, 304, réitérées sous des formes parfois différentes dans d'autres paragraphes).

VI. Le Tribunal est compétent pour juger la question relative au dommage causé par l'expropriation indirecte des investisseurs et d'autres violations à l'API commises après le 8 mai 2008

¹⁸ Schreuer (Ch.), The ICSID Convention. 2ème ed., article 52(6), Article 53, §32: "The principle of *ne bis in idem* does not apply to the substance of a dispute if the ICSID tribunal has given an award in which it finds that the dispute is not within the jurisdiction of the Centre or not within its own competence, in accordance with Arbitration Rule 41(6) (see Art. 41, para. 73). In other words, if an ICSID tribunal declines jurisdiction over a dispute, a party may take that dispute to another forum for a decision on the merits. [Soulignement ajouté]

23. Après le 8 mai 2008 l'État du Chili a commis des infractions destinées à exproprier indirectement les investisseurs de droits qui sont actuellement couverts par l'API avec l'autorité de la chose jugée (SI, §411), manquant aux obligations établies dans les articles 2(2), 3(1), 4, 5 et 10(5) de celui-ci (voir **Mémoire**, section III), notamment

- 1) Des droits tenant à la *ratio decidendi* des points 1 à 3 du Dispositif de la SI, dont i. «*l'invalidité des confiscations et au devoir d'indemnisation* » que l'État du Chili a reconnu en 2003 devant le TI, reconnaissance sur la base de laquelle la SI a condamné l'État (§§665-674 et points 1 à 3 du Dispositif) ; ii. dont la SI initiale souligne les «*déclarations parfaitement claires de la défenderesse dans la présente procédure* » (SI, §667¹⁹) ; iii. du fait que «*cette politique ne s'est pas traduite dans les faits, en ce qui concerne les demanderesses (...)*» (SI, §669) ; iv. la SI appuyant sa décision sur le fait qu'«*en accordant des compensations (...) à des personnages qui, de l'avis du Tribunal arbitral, n'étaient pas propriétaires des biens confisqués, en même temps qu'elle paralysait ou rejetait les revendications de M. Pey Casado concernant les biens confisqués, la République du Chili a manifestement commis un déni de justice et refusé de traiter les demanderesses de façon juste et équitable.* » (SI, 674) [soulignement ajouté].
- 2) **Des droits dont l'existence couverte par l'API est *res iudicata*** depuis que la décision du Comité *ad hoc* du 18 décembre 2012 a rejeté la demande de l'État d'annuler la totalité de la SI -au motif que l'investissement n'existerait pas du fait de la validité du Décret 165- en vertu de trois raisons différentes :
«*§168 Le Comité note que cet argument de l'"investissement existant" [i] n'avait pas été soulevé par le Chili devant le Tribunal [initial]²⁰ (...) [ii] 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 (...), [iii] l'obligation d'accorder une réparation au titre de la violation de droits perdure même si les droits en tant que tels ont pris fin, dès lors que l'obligation au titre du traité en question était en vigueur à l'égard de l'État concerné au moment de la violation alléguée* » (soulignement ajouté).

¹⁹ SI, §667, nbp n°617 «*V., par exemple, la transcription de l'audience du 6 mai 2003, pp. 262-263 (Me Castillo): « La République ne prétend pas justifier ce qui s'est produit pendant cette période turbulente de notre histoire, bien au contraire. Nous avons réparé sur la plan matériel, nous avons essayé aussi de réparer sur le plan moral, les préjugés soufferts par des personnes pendant cette période » ainsi qu'à la page 264 : « Il ne s'agit pas non plus de justifier la légitimité des actes qui ont découlé de la confiscation de biens de CPP S.A. et Clarin est constante des dommages causés par ces confiscations et c'est pour cela qu'elle a indemnisé ces titulaires légitimes. »*

²⁰ Pièce C215, ADI, Recommandations sur l'autorité de la chose jugée en arbitrage, forclusion : « 5. L'effet négatif dans la procédure arbitrale ultérieure, de l'autorité de la chose jugée attachée à une sentence arbitrale, s'applique à (...) toute question de fait ou de droit qui aurait pu être, mais n'a pas été soulevée dans la procédure ayant aboutie à la sentence ...»; pièce C46, Hanotiau (B.), *The res iudicata effect of Arb.Awards*, §34

3) Des droits reconnus à M. Pey Casado d'abord par l'État lui-même, et ensuite par la SI *res iudicata* (§§411, 432, 652, 653, 658, 659, 665-674), qui sont couverts par l'API ex articles 2(2), 3(1), 4, 5 et 10(5) comme l'attestent, en particulier

- le «*jugement chilien* [du 29 mai 1995] reconnaissant la propriété de M. Pey Casado sur les actions confisquées ainsi que le fait que les autorités chiliennes, exécutives et administratives (comme judiciaires) étaient informées des revendications et demandes formulées par les demanderesses » (SI, §666);
- le fait que «*M. Pey Casado a bien démontré avoir procédé à des investissements et être propriétaire de biens meubles ou immeubles qui ont été confisqués par l'autorité militaire chilienne* » (SI, §665) ;
- Les points 2 et 3 du Dispositif de la SI, relatifs au dommage causé par des actes de l'État ayant enfreint l'article 4 de l'API, en particulier i. «*la Décision n°43* [du 28-05-2000, qui] doit s'analyser en une application discriminatoire d'une loi postérieure à l'API et des droits que celle-ci a créés » (SI, §652); ii. les autres actes commis par «*des autorités chiliennes, législatives, administratives et judiciaires* » (SI, §652), dont la paralysie du Jugement interne qui allait être totalement incompatible avec la validité du Décret 165 (SI§78).

24. Par ce motif, et sans qu'aucun *bis in idem* puisse avoir lieu, doivent être rejetées comme étant contraires aux articles 10(5), 2(2), 3(1), 4 et 5 de l'API, à l'article 53 de la Convention du CIRDI et aux principes de droit international cités *supra*, les exceptions alléguées par l'État dans son *Counter-Memorial* complémentaire du 31 mai 2018 (§§1, 4, 7 à 10), confirmant celles alléguées le 21 mai (§§2, 24, 28-30, 32, 33, 37, 38, 126, 127, 189, 198, 210, 216, 222-236, 243-259, 261-264, 267-277, 279, 283, 284, 285, 301, 304 , réitérées dans d'autres paragraphes), également sans fondement.

VII. Le Tribunal est compétent pour juger le différend né le 28 janvier 2011 après le Jugement interne du 24 juillet 2008, incompatible avec la validité du Décret 165

25. La SR a reconnu que «*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* [de M. Pey en 1972] *est, en droit, resté la propriété de M. Pey Casado et/ou de la Fondation ...».*

²¹ Ni la SR ni la SI (§§78, 593, 603), ni le Jugement interne, n'ont affirmé que ce Décret signé par Pinochet et son Ministre de l'Intérieur était conforme à la Constitution du Chili.

26. Le retard à communiquer le Jugement incompatible avec la validité de ce Décret, le déni de justice consécutif au prononcé de celui-ci, a provoqué un énorme préjudice aux investisseurs.

27. L'État appuie son objection à la compétence du Tribunal arbitral sur les Rapports de ses experts MM. Enrique Barros et Cristian Maturana. Compte tenu de leur expérience, leur extrême biais ne peut être considéré comme accidentel, comme il est étayé dans les observations à leur sujet ci-

²¹ Pièce C39, SR, §198 rectifié par la Décision du 7 novembre 2017 (pièce C39bis, §§38, 52), soulign. ajouté

jointes.²² Les deux omettent, entre autres, a) que le Jugement interne a refusé la prétention de l’État qu’EPC serait dénuée de l’habilitation à agir au prétexte que le Décret 165 serait valide et que l’État serait donc le propriétaire des presses (**pièces C17, C67**), b) l’incompatibilité de ce Jugement avec la validité du Décret -le Cons. 9^{ème} affirme le droit d’agir en 1995 d’EPC Ltée -que le Décret avait « dissoute » en 1975 !! ; c) l’article 52 du Code de Procédure civile ordonnant la notification personnelle du Jugement, laquelle n’a jamais été effectuée; d) les 22 arrêts figurant dans le dossier déclarant l’imprécisabilité de la nullité de droit public des décrets confiscatoires en application du Décret-Loi n° 77, de 1973, comme c’est le cas du Décret 165, et de l’action en indemnisation y afférente (**Mémoire**, S. IV à VII); d) les plus de 131 arrêts de la Cour Suprême confirmant l’imprécisabilité de l’action civile en dédommagement pour des actes illicites faisant partie de la répression systématique de Pinochet entre 1973 et 1990 (**pièce C477**).

28. Un tel biais rappelle celui de la plaidoirie du Président alors en exercice de la Cour Constitutionnelle du Chili, le professeur Cea, soutenant en présence des arbitres du TI présidé par le professeur Pierre Lalive les propositions contraires au droit du Chili et au droit international que reproduit, en les refusant, la SI (§§267, 303-323 ; nbp nos. 215, 248-250, 253, 257).

29. Pour ces raisons, doivent être rejetées les exceptions alléguées par l’État dans son *Counter-Memorial* complémentaire du 31 mai 2018 (§§2,4,7 à 10) confirmant celles alléguées le 21 mai 2018 (§§35, 36, 136, 141-145, 220, 228, 286, 305, 311, réitérées dans d’autres paragraphes), sans fondement.

VIII. Le Tribunal arbitral est compétent pour connaître du déni de justice commis par l’État en occultant l’envergure des rapports secrets avec des membres des Essex Courts Chambers dont font également partie deux des arbitres du TR

30. Les §§ 199-205 du *Counter-Memorial* dénaturent l’objet et la finalité de la Demande du 6 janvier 2018, qui porte sur l’occultation de rapports « *sigilosos* » que l’État déclare relever de l’intérêt national et être secrets pour la Fondation Président Allende demanderesse (**Mémoire**, §55).

31. La question que pose ce soi-disant secret en relation avec les obligations établies à l’article 4 de l’API, dont celle de ne pas empêcher l’accès des investisseurs à un arbitrage international impartial et avec toutes les garanties, n’a pas été jugée.

32. L’État a désobéi à l’injonction du 24 juillet 2017 du 28^{ème} Tribunal Civil de Santiago de révéler ces rapports, et ce à partir de sa notification en août 2017 jusqu’au 20 avril 2018 où l’État a, finalement, obtenu que le Juge se plie à ses exigences et les considère « confidentiels ».²³

33. L’État a enfreint en l’espèce ses obligations les plus élémentaires et les plus fondamentales à la transparence, l’indépendance, la neutralité et l’impartialité envers l’arbitrage d’un investisseur.

²² Pièces C475 et C476, Commentaires succincts aux Rapports Barros et Maturana, respectivement

²³ Pièces C386, C387, C478 à C483

34. Pour ces raisons doivent être rejetées les exceptions alléguées par l'État le 31 mai 2018 (§§2,4,7 à 10) confirmant celles alléguées le 21 mai 2018 (§§284-285).

IX. Observations additionnelles

34. L'un des traits communs à toutes les exceptions à la compétence soumises par l'État est d'attribuer à la Demande des investisseurs des questions qu'elle ne soulève pas, ou de soulever des questions tranchées dans un sens opposé à celui soutenu par l'État. C'est le cas, en particulier, des propositions figurant dans les paragraphes du Mémoire additionnel et du *Counter-Memorial* cités *supra*.

35. Le raisonnement de l'État imbrique des exceptions à la compétence avec le fond de l'affaire soumis dans la nouvelle Demande qui résulte de violations de l'API survenues après le 3 novembre 1997, notamment après le 8 mai 2008 comme on l'a résumé *supra*. C'est le cas, en particulier, des questions auxquelles renvoie le Mémoire additionnel dans ses §§2 (l'investissement est couvert par l'API), §4 (l'obligation d'accorder une réparation au titres de la violation de droits perdure), §§6, 7 (ces questions sont en dehors de la compétence du TI et du TR du CIRDI), §8 (cependant elles sont sous la compétence du présent Tribunal), contrairement à ce qu'affirme l'État. Cette imbrication, dans un cas comme le présent, où tout a été infléchi par une occultation des faits et la manipulation des institutions de l'État, a pour effet de multiplier délibérément obstructions et confusions au détriment des investisseurs, tout en les accusant d'en être les auteurs.

36. Les Demandeuresses sollicitent respectueusement que Tribunal prenne toute mesure nécessaire à assurer une application effective du principe général du droit à l'égalité des armes.²⁴

X. EN CONSÉQUENCE, les Demandeuresses sollicitent respectueusement du Tribunal arbitral qu'en vertu des fondements étayés dans les Observations du 8 novembre 2017, dans le **Mémoire** (Section VII) et dans les présentes observations,

1. Qu'il rejette les exceptions à la compétence du Tribunal que soulève l'État au motif qu'il enfreigne a) les principes de droit international cités *supra* (§§8-11, 13), b) la forclusion, c) la *res iudicata*, c) les articles 2(2), 10(1), 10(3), 10(5) de l'API, d) pour abus de procès, e) et mauvaise foi;
2. Qu'il rejette la demande de bifurcation compte tenu que celle-ci, loin d'entraîner des économies de temps et de ressources, favoriserait des confusions requérant le recours à des considérations réitérées sur le fond, et augmenterait la durée et les frais de la procédure,. Alors que la non-bifurcation préserverait les droits procéduraux de toutes les Parties.

²⁴ Pièce C484, Wälde (Th. 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

3. Qu'il condamne l'État à supporter l'intégralité des frais de l'incident relatif à sa demande de bifurcation, de même qu'à rembourser aux parties Demandeur·euses 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.

