

Juan E. Garcés, Abogado

ZORRILLA, 11 - 1º - DCHA.

TELÉF. 91 360 05 36 - FAX: 91 5311989

E-mail: 100407.1303@compuserve.com

28014 MADRID

[Par courriel]

Madrid, le 14 décembre 2018

Mme. Iuliana IANCU
Hanotiau & van den Berg
B-1050 Brussels
Belgique

Réf. : CPA Affaire No. 2017-30 : Fondation Président Allende, V. Pey Casado et Coral Pey G. c. République du Chili

Madame la Secrétaire administrative du Tribunal arbitral,

Les parties Demanderesses font suite à l'invitation du Tribunal arbitral du 12 décembre 2018 et soumettent leurs observations à la demande de la Défenderesse, le 11 décembre, de lui permettre de produire la **Réplique** du 9 novembre 2018 des Demanderesses au *Counter-Memorial* du 20 juillet 2018 de l'État du Chili dans la procédure en annulation de la Sentence de réexamen du CIRDI du 13 septembre 2016¹ [ci-après, « SR »], à savoir :

1. Cette demande a été formulée trente-deux (32) jours après que l'État Défendeur ait reçu ladite **Réplique**, vingt-et-un jours (21) après la fin, le 19 novembre 2018, du délai accordé dans l'Ordonnance de Procédure n° 3² pour que la Défenderesse dépose sa *Reply on Bifurcated Objections* à la compétence du présent Tribunal arbitral (ci-après, la *Reply*). Si les délais établis par le Tribunal arbitral ont un sens, la demande du 11 décembre 2018 est manifestement hors-limites.

¹ **Pièce C39.** La procédure en annulation de la totalité de cette Sentence pour quatre des motifs établis dans l'article 52 de la Convention du CIRDI a été enregistrée dans le CIRDI le 25 octobre 2017

² Ordonnance de Procédure n° 3, §15(a): "L'ordre et le calendrier de dépôt des écritures concernant les exceptions d'incompétence bifurquées est fixé comme suit : -Les Demandeurs soumettront leur Réponse sur la compétence le 17 septembre 2018 ; La Défenderesse présentera sa Réplique sur la compétence le 19 novembre 2018 ; Les Demandeurs déposeront leur Duplique sur la compétence le 21 janvier 2019. »

2. Les procédures arbitrales internationales en matière d'investissements ne sont pas connectées les unes avec les autres par définition.³
3. C'est le cas, en l'espèce, de la présente procédure sous les règles de la CNUDCI initiée le 12 avril 2017⁴, relative à des infractions à l'API Espagne-Chili commises par l'État du Chili depuis le 8 mai 2008, et la procédure arbitrale dans le système du CIRDI terminée dans la Sentence du 8 mai 2008⁵ [ci-après, « SI »] et la Sentence de réexamen du 13 septembre 2016, qui ont l'autorité de la chose jugée de même que les Décisions du 1^{er} et du 2nd Comité *ad hoc* conformément aux articles 53(1)⁶ et 53(2)⁷ de la Convention du CIRDI.
4. Le 2nd Comité *ad hoc* a confirmé que la procédure arbitrale est terminée :

*« le Comité estime que la force obligatoire d'une sentence CIRDI ne peut être suspendue au cours d'une procédure en annulation. La sentence préserve son caractère 'obligatoire à l'égard des parties' et son effet de res iudicata reste intact à moins que et jusqu'à ce que la sentence soit annulée. **Ni la formulation de la Convention, ni son objet et son but ne permettent une distinction entre le caractère obligatoire et l'effet de res iudicata d'une sentence CIRDI, comme cela est suggéré par les Demanderesses.** »⁸*

5. L'État du Chili a soutenu deux fois la connexion entre la procédure en annulation de la SR et la présente procédure arbitrale internationale par le biais d'essayer de les connecter en formulant devant le 2nd Comité *ad hoc* du CIRDI une sorte d'*anti-suit injunction* ou de demande de mesures conservatoires informelles.
6. Une première demande de connexion sollicitait le 16 février 2018 que le 2nd Comité *ad hoc* du CIRDI « **ordonne une suspension provisoire de la procédure**

³ **Pièce C590**, Schreuer (Ch.): «*Multiple Proceedings* », in Gattini (A.) *et al.*, ed., General Principles of Law and International Investment Arbitration, publié en 2018, Ch. 8, page 152

⁴ **Pièce C0**, Notification d'arbitrage adressée le 12 avril 2017 à S.E. la Présidente du Chili et du choix de la compétence établie à l'article 10(3) de l'API sous les Règles de la CNUDCI sur les différends spécifiques survenus entre les parties après le 8 mai 2008

⁵ **Pièces C14**

⁶ Article 53 (1) : « *La sentence est obligatoire à l'égard des parties et ne peut être l'objet d'aucun appel ou autre recours, à l'exception de ceux prévus à la présente Convention. Chaque partie doit donner effet à la sentence conformément à ses termes, sauf si l'exécution en est suspendue en vertu des dispositions de la présente Convention.* »

⁷ Article 53 (2) : « *Aux fins de la présente section, une 'sentence' inclut toute décision concernant l'interprétation, la révision ou l'annulation de la sentence prise en vertu des articles 50, 51 ou 52.* »

⁸ **Pièce C461**, Décision du Comité *ad hoc* du 15 mars 2018, §58

CNUDCI », qu'il « *ordonne aux Demanderesses de suspendre provisoirement la procédure CNUDCI* ». ⁹

7. Le 15 mars 2018 le 2nd Comité *ad hoc* du CIRDI a rejeté cette demande :

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

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

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

§81. *Dans la mesure où la procédure CNUDCI concerne ces nouvelles demandes, le Comité ne trouve pas d'éléments pour conclure que la Demande en Annulation et la Demande de Suspension ont été introduites dans un but dilatoire.* » ¹⁰ [Soulignement ajouté]

8. En effet, comme affirme le prof. Van Harten, le consentement d'un investisseur sous un traité de protection des investissements est toujours *spécifique* et *rétroactif* :

*under an investment treaty an investor must choose whether to resort to arbitration only after the relevant dispute has arisen. The investor's consent is retrospective, i.e. it is specific to disputes arising from the regulatory relationship with a State. Unlike the respondent State, the investor does not commit to the compulsory arbitration of any future dispute with the State, at the instance of the State.*¹¹

⁹ *Ibid.*, §§37 et 76

¹⁰ *Ibid.*, §§37, 78-81, 77-81

¹¹ *Pièce C589*, Van Harten (G.), *The Public-Private Distinction In The International Arbitration Of individual Claims Against The State*, 56(2) I.C.L.Q. (2007), 380.

9. Le 20 juillet 2018 l'État du Chili a essayé de connecter indûment la procédure en annulation de la SR avec la présente procédure CNUDCI formulant en substance, devant le 2nd Comité *ad hoc*, les mêmes allégations que l'État a ensuite formulé le 11 décembre 2018 devant le présent Tribunal arbitral, à savoir :

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

<p><i>but at the same time seeking the annulment of that Award in its entirety in the present proceeding. Such tactics should not be tolerated.</i></p> <p><i>445. In sum, Claimants have initiated a parallel arbitration under the BIT seeking the same relief that they repeatedly have sought in this ICSID Arbitration. Further, to ensure that the UNCITRAL Tribunal exercises jurisdiction over their redundant claims, Claimants rely on the same aspects of the Resubmission Award that they so vehemently attack in the present proceeding. (...)</i></p> <p><i>The Committee should (...) revise the existing stay of enforcement to include the condition that Claimants request the suspension of the UNCITRAL Proceeding. This is necessary to protect the integrity of the present proceedings and of this Committee’s eventual annulment decision, which appears likely to be significantly undercut if the UNCITRAL Proceeding were to proceed to conclusion on the merits (an outcome that remains plausible).</i>¹²[Caractères appuyés ajoutés]</p>	<p><i>(4) Claimants’ requests therein for the annulment of multiple parts of the Resubmission Award that they are now affirmatively using in support of their arguments in the present UNCITRAL rules proceeding.</i></p> <p>[Caractères appuyés ajoutés]</p>
---	--

10. Le 9 août 2018 le 2nd Comité *ad hoc* du CIRDI a rejeté *ex officio*, sans demander l’opinion des Demanderesses, la deuxième demande de connexion de l’État du Chili :

*« Après avoir examiné en détail la soumission de la Défenderesse [du 20 juillet 2018], le Comité estime que l’évolution de la procédure CNUDCI telle que décrite dans le Contre-mémoire, n’a aucun impact (même selon l’argumentation de la Défenderesse) sur la décision sur la suspension de l’exécution des décisions sur les frais inclus dans la Sentence après Nouvel Examen et dans la décision sur la correction de la sentence. (...) Par conséquent, le Comité estime qu’il n’y a aucune raison pour reconsidérer la Décision sur la Suspension et conditionner le sursis à l’exécution des décisions sur les frais à la suspension de la procédure CNUDCI. »*¹³
[Caractères appuyés ajoutés]

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

12. Dans la même *Reply* du 19 novembre l’État du Chili a tenté une troisième chance de connexion et se tournant, cette fois, vers la présent Tribunal CNUDCI, a réitéré des

¹² Pièce C587, *Chile’s Counter-Memorial on Annulment* du 20 juillet 2018, §§421-445

¹³ Pièce C588, réponse du 2nd Comité *ad hoc* du 9 août 2018 aux §§421-445 du *Chile’s Counter-Memorial on Annulment* du 20 juillet 2008, section 2.

arguments¹⁴ -que les Demanderesses répondront en temps voulu- similaires à ceux formulés sans succès devant le 2nd Comité *ad hoc* du CIRDI.

13. En l'espèce ne sont pas présentes des conditions que la *lis pendens* exige cumulativement en droit international comme en droit suisse, à savoir, l'identité des parties, de l'objet, de la *causa petendi* entre deux procédures en cours simultanément.
14. Le 11 décembre 2018 l'État Défendeur a cependant essayé, une quatrième fois, de connecter deux procédures arbitrales internationales en demandant à cette fin, même hors délai, que le présent Tribunal arbitral l'autorise à joindre la **Réplique** des Demanderesses du 9 novembre 2018 au *Counter-Memorial* du Chili du 20 juillet dans la procédure en annulation de la SR -forcément fondée sur les motifs établis à l'article 52 de la Convention du CIRDI dont l'objet et la *causa petendi* sont manifestement hors la compétence d'un Tribunal arbitral régi par le Règlement de la CNUDCI et la *lex arbitrii*.
15. Or la présente procédure arbitrale est fondée sur le droit international, régie par les Règles de la CNUDCI et, en dernière analyse, par la loi suisse (la *Reply* et la lettre du Chili omettent toute référence à la *lex arbitrii*).
16. L'application de la *lis pendens* n'est d'ailleurs pas reconnue comme un principe de droit international général dès lors que la procédure est régie par le droit international public. La C.P.I.J. l'avait déjà considéré ainsi dans l'affaire *relative à certains intérêts Allemands en Haute-Silesie Polonaise*.¹⁵ Il est notable que

¹⁴ Voir p. ex. dans la *Reply on Bifurcated Objections* : “Claimants cannot make such a showing, as the records plainly shows that **Claimants in fact already submitted those issues at ICSID**” (§9(2)); “there is **a parallel annulment proceeding** that is ongoing at ICSID at this very moment (...) overlaps with this one and relates to **the same claims**” (§30); “there can be no question that **parallel proceedings exist now**, as Claimants are actively pursuing annulment claims at ICSID. Importantly, such annulment claims involve various requests that relate to **exactly the same issues** that Claimants are raising before this Tribunal” (§31); “it bears noting that Claimants seem to be attempting to establish the absence of a **parallel proceeding** by reference to a ruling in a **parallel proceeding**. Claimants appear not to discern any irony in the foregoing” (§37); “The **ICSID Exclusivity Rule and the BIT’s Forum Selection Rule** preclude Claimants from seeking yet another bit at the apple in this UNCITRAL Proceeding. Further, the principle of **lis pendens** — and its corollary, **ne bis in idem** — also preclude the claims. These principles bar two **parallel proceedings involving the same issues and parties** — which is precisely the situation here” (§100) [caractères appuyés ajoutés]

¹⁵ C.P.I.J., Rep. Series, A No. 6, Arrêt du 25 août 1925, 20, accessible dans <https://bit.ly/2P1dlpe> . L'Ordonnance du 2 août 1932 de l'affaire *Statut juridique du territoire du sud-est du Groënland*, PCIJ Rep Series A/B No 48, 270, accessible dans <https://bit.ly/2QRHcp7> , a totalement ignoré le principe *lis*

l'étude classique de Bin Cheng ne mentionne pas le *lis pendens* dans son étude des principes généraux du droit appliqués par les tribunaux internationaux.¹⁶

17. D'autre part, il manque en l'espèce l'identité de l'objet et de la *causa petendi* -telle que reconnue en droit international public et en droit suisse- dans les demandes soumises devant le présent Tribunal arbitral et celles tranchées sur le fond dans les procédures terminées dans les sentences du CIRDI qui ont l'autorité de la chose jugée, comme les Demanderesses l'ont étayé dans leur **Mémoire** du 6 janvier 2018¹⁷ sur la compétence et le fond, et dans leur **Réponse** du 17 septembre 2018¹⁸ aux exceptions à la compétence formulées par l'État Défendeur et bifurquées sur ordre du Tribunal.

18. Conclusion : Les Demanderesses laissent au bon jugement du Tribunal arbitral de décider la pertinence de la demande de la Défenderesse de joindre à la présente procédure, sous les Règles de la CNUDCI, ladite **Réplique** en annulation de la Sentence de réexamen du 13 septembre 2016 soumise devant le 2nd Comité *ad hoc* du CIRDI. Si le Tribunal décidait de l'accepter, les Demanderesses exerceront le droit que leur a confirmé la Décision du 26 juin 2018¹⁹ et mettront à la disposition du Tribunal leurs plaidoyers antérieurs et ceux du Chili dans la procédure en annulation, car la présentation d'un plaidoyer isolé excluant les autres dans une autre procédure complexe risque de décontextualiser la vision d'ensemble et n'informerait pas adéquatement le Tribunal. Afin de ne pas vider de tout contenu la

pendens. Dans le même sens, *American Bottle Company (USA) v United Mexican States (2 April 1929) 4 RIAA 437* : "In view of the fact that the present claim has been filed by Memorial before the Special Claims Commission established under the Convention of September 10, 1923, between the United States and Mexico, prior to its having been brought before the General Claims Commission, Counsel for Mexico has submitted that the hearing of this case should be suspended until it be known whether or not the Special Claims Commission will be of the opinion that the present claim is within the jurisdiction of that Commission. There is, however, no rule in international law, nor no provision in the Conventions entered into between the United States and Mexico or in the rules of this Commission, that precludes the United States from presenting a claim to this Commission because of its having been previously filed by Memorial before the Special Claims Commission", page 437

¹⁶ Cheng (Bin), *General Principles of Law as applied by International Courts and Tribunals*, Cambridge, Grotius Publications Ltd., 1987

¹⁷ V. **Mémoire**, §§273-280

¹⁸ V. **Réponse**, §§9(vi), 119-127

¹⁹ Décision du Tribunal arbitral du 26 juin 2018, §118. "Par ces motifs, le Tribunal : (...) iii. Rejette la demande de la Défenderesse visant à ce que qu'aucun écrit supplémentaire ne soit exigé de la part des Parties et que l'affaire soit rejetée d'emblée. »

signification des délais établis dans l'Ordonnance de Procédure n° 3, les Demanders pourraient annexer ces pièces à la Duplique qu'elles sont censées déposer au plus tard le 21 janvier 2019.

Nous vous prions d'agréer, Madame la Secrétaire, l'expression de nos meilleures salutations.

A handwritten signature in black ink, appearing to read 'Dr. Juan E. Garcés', with a long horizontal flourish extending to the right.

Dr. Juan E. Garcés
Représentant de la Fondation Président Allende
et de Mme. Coral Pey Grebe