

**CENTRE INTERNATIONAL POUR LE RÈGLEMENT DES DIFFÉRENDS
RELATIFS AUX INVESTISSEMENTS**

Dans la procédure d'arbitrage entre

VÍCTOR PEY CASADO ET FONDATION PRÉSIDENT ALLENDE

Demandereses

et

RÉPUBLIQUE DU CHILI

Défenderesse

**Affaire CIRDI ARB/98/2
Procédure en annulation**

DÉCISION SUR L'ANNULATION

Membres du Comité ad hoc

Professeur Dr. Rolf Knieper, Président

Professeur Dr. Nicolas Angelet

Professeur Yuejiao Zhang

Secrétaire du Comité ad hoc

Mme Ella Rosenberg

Date d'envoi aux Parties : 8 janvier 2020

REPRÉSENTATION DES PARTIES

*Représentant Víctor Pey Casado et Fondation
Président Allende :*

Dr. Juan E. Garcés
M. Hernan Garcés Duran
Garcés y Prada, Abogados
Calle Zorrilla n° 11, primero derecha
Madrid 28014
Royaume d'Espagne

Avec la coopération de :

Mme Alexandra Muñoz
Gide Loyrette Nouel
22, cours Albert 1^{er}
Paris 75008
France

et

Professeur Robert L. Howse
New York University
Vanderbilt Hall 314J
40 Washington Sq. South
New York, NY 10012
États-Unis d'Amérique

Mme Carolina Valdivia
Subsecretaria de Relaciones Exteriores
Subsecretaría de Relaciones Exteriores
M. Rodrigo Yañez Benítez
Subsecretario de Relaciones Económicas
Internacionales
Mme Mairée Uran Bidegain
M. Pablo Nilo
Mme Macarena Rodríguez
Subsecretaría de Relaciones Económicas
Internacionales
Ministerio de Relaciones Exteriores
Teatinos 180
Santiago du Chili
Chili

et

M. Paolo Di Rosa
Mme Gaela Gehring Flores
Mme Mallory Silberman
Mme Katelyn Horne
Mme Caroline Kelly
M. Michael Rodríguez
Arnold & Porter Kaye Scholer LLP
601 Massachusetts Avenue NW
Washington, D.C. 20001
États-Unis d'Amérique

TABLE DES MATIÈRES

I.	INTRODUCTION	1
II.	HISTORIQUE DE LA PROCÉDURE	4
III.	LA SENTENCE APRÈS NOUVEL EXAMEN.....	20
	A. La Procédure de Nouvel Examen.....	20
	B. Les positions des Parties devant le Tribunal de Nouvel Examen et ses décisions.....	26
IV.	LES DÉCISIONS SOLLICITÉES PAR LES PARTIES DANS LA PROCÉDURE EN ANNULATION	29
	A. Les décisions sollicitées par les Demanderesses	29
	B. Les décisions sollicitées par la Défenderesse.....	31
V.	DÉCISION RELATIVE À LA DEMANDE COMPLÉMENTAIRE	32
VI.	NORMES JURIDIQUES.....	35
VII.	MOTIFS D'ANNULATION	44
	A. Considérations initiales	44
	(1) Le contexte du litige et les raisons du Tribunal de Nouvel Examen	44
	(2) La Sentence Initiale et sa confirmation partielle par le Premier Comité	51
	(3) L'appréciation générale de l'autorité de la chose jugée par le Tribunal de Nouvel Examen	62
	(4) Les positions des Parties devant le présent Comité	66
	(5) L'analyse du Comité.....	70
	B. La nomination de M. Alexis Mourre et l'approche du Tribunal de Nouvel Examen face aux demandes tendant à sa récusation présentées par les Demanderesses.....	79
	(1) La position des Demanderesses	79
	(2) La position de la Défenderesse	85
	C. Les demandes en récusation de Sir Franklin Berman et de M. V.V. Veeder, leur prétendu manque manifeste d'impartialité, leur prétendu manquement à l'obligation de divulgation des informations, d'examiner des faits pertinents et d'ordonner au Chili la production de documents, et leur prétendu comportement après la deuxième demande en récusation.....	88
	(1) La position des Demanderesses	88
	(2) La position de la Défenderesse	104
	D. Le traitement par le Tribunal de Nouvel Examen des éléments de preuve et de la charge de la preuve	108
	(1) La position des Demanderesses	108
	(2) La position de la Défenderesse	114

E.	Le non-respect par le Tribunal de Nouvel Examen de l'autorité de la chose jugée attachée à des conclusions non annulées	119
	(1) La position des Demanderesses	119
	(2) La position de la Défenderesse	127
F.	La non-application du droit applicable par le Tribunal de Nouvel Examen	131
	(1) La position des Demanderesses	131
	(2) La position de la Défenderesse	133
G.	Le rejet de la demande en restitution au titre des dommages consécutifs à la défense de l'investissement et du droit à l'arbitrage	134
	(1) La position des Demanderesses	134
	(2) La position de la Défenderesse	136
H.	La décision sur la qualité de Mme Coral Pey Grebe dans la Procédure de Nouvel Examen	138
	(1) La position des Demanderesses	138
	(2) La position de la Défenderesse	141
I.	La conclusion sur les frais dans la Décision sur la Correction.....	142
	(1) La position des Demanderesses	142
	(2) La position de la Défenderesse	144
VIII. L'ANALYSE PAR LE COMITÉ DES MOTIFS D'ANNULATION		145
A.	La nomination de M. Alexis Mourre et l'approche du Tribunal de Nouvel Examen face aux demandes tendant à sa récusation présentées par les Demanderesses.....	145
B.	Les demandes en récusation de Sir Franklin Berman et de M. V.V. Veeder ; leur prétendu manque manifeste d'impartialité ; leur prétendu refus de divulguer des informations, d'examiner des faits pertinents et d'ordonner au Chili la production de documents ; leur prétendu comportement après la deuxième demande en récusation.....	154
	(1) Observations générales : les pouvoirs du Comité.....	154
	(2) Lettre du Président Berman du 1er mars 2017 : absence de conduite habituelle antérieure à la sentence	156
	(3) Les décisions du Tribunal du 21 novembre 2016 et du 15 juin 2017 : absence de connaissance avant la sentence des faits prétendument pertinents	157
	(4) La probité institutionnelle de la Décision du Président du 13 avril 2017.....	159
	(5) Les Décisions du Président du Conseil administratif du 21 février et du 13 avril 2017.....	161
C.	Le traitement par le Tribunal de Nouvel Examen des éléments de preuve et du fardeau de la preuve	173
	(1) Contexte général	173

(2) Le traitement par les Demanderesses de l'autorité de la chose jugée.....	178
(3) Le « déni de justice » allégué.....	184
(4) Les arguments et les preuves postérieures à la requête d'arbitrage	186
D. Le prétendu non-respect par le Tribunal de Nouvel Examen de l'autorité de la chose jugée attachée à des conclusions non annulées	188
(1) Excès de pouvoir manifeste	188
(2) Inobservation grave d'une règle fondamentale de procédure	201
(3) Défaut de motivation de la Sentence	202
E. La non-application du droit applicable par le Tribunal de Nouvel Examen dans la Sentence après Nouvel Examen	206
F. Le rejet de la demande en restitution au titre des dommages consécutifs à la défense de l'investissement et du droit à l'arbitrage	210
G. La décision sur la qualité de Mme Coral Pey Grebe dans la Procédure de Nouvel examen	215
H. La conclusion sur les frais dans la Décision sur la Correction.....	222
IX. COÛTS	225
A. Le Mémoire sur les Coûts des Demanderesses	226
B. Le Mémoire sur les Coûts de la Défenderesse	227
C. L'analyse du Comité	228
X. DÉCISION.....	230

TABLE DES PRINCIPALES ABRÉVIATIONS / PRINCIPAUX TERMES DÉFINIS

Demande Complémentaire	Demande complémentaire des Demanderesses en défense de l'intégrité et de l'équité de la procédure, en date du 27 avril 2019
Règlement d'arbitrage du CIRDI	Règlement de procédure du CIRDI relatif aux instances d'arbitrage en vigueur au 10 avril 2006
Demanderesses	M. Víctor Pey Casado et Fondation Président Allende
Requête en Annulation	Requête des Demanderesses tendant à l'annulation de la sentence rendue le 13 septembre 2016
Procédure en annulation	Deuxième procédure en annulation enregistrée le 25 octobre 2017
Articles sur la Responsabilité de l'État	Articles sur la responsabilité de l'État pour fait internationalement illicite, annexe à la Résolution 56/83 du 12 décembre 2001 de l'Assemblée générale des Nations Unies
TBI ou Traité	Accord entre le Royaume d'Espagne et la République du Chili pour la Protection et la Promotion Réciproque des Investissements, signé le 2 octobre 1991 et entré en vigueur le 29 mars 1994
C-[#]	Pièce des Demanderesses dans la Procédure en annulation
CL-[#]	Source juridique des Demanderesses dans la Procédure en annulation
Comité	Comité <i>ad hoc</i> constitué le 20 décembre 2017 dans la Procédure en annulation
Contre-Mémoire sur l'Annulation	Contre-Mémoire sur l'Annulation de la Défenderesse, en date du 20 juillet 2018
Décision n° 43	Décision du Tribunal de Santiago en date du 28 avril 2000

RA-[#]	Pièce de la Défenderesse dans la Procédure en annulation
TJE, norme du TJE	Norme du traitement justement et équitable (Article 4 du TBI)
Décision Initiale sur l'Annulation	Décision rendue par le Premier Comité le 18 décembre 2012
Première Procédure en annulation	Procédure en annulation enregistrée le 6 juillet 2009
Arbitrage Initial	Procédure d'arbitrage soumise le 7 novembre 1997 et enregistrée le 20 avril 1998
Sentence Initiale	Sentence rendue par le Tribunal Initial le 8 mai 2008
Premier Comité	Comité <i>ad hoc</i> composé du Professeur Piero Bernardini, du Professeur Ahmed El-Kosheri et de M. L. Yves Fortier, C.C., Q.C., constitué le 22 décembre 2009 dans la Première Procédure en annulation
Première Session sur l'Annulation	Première Session tenue le 16 février 2018 dans la Procédure en annulation
Tribunal Initial	Tribunal composé du Professeur Pierre Lalive, de M. Mohammed Chemloul et du Professeur Emmanuel Gaillard, reconstitué le 14 juillet 2006
Fondation	Fondation Président Allende, constituée selon le droit espagnol
Audience sur l'Annulation	Audience tenue du 12 au 14 mars 2019
Convention CIRDI	Convention pour le règlement des différends relatifs aux investissements entre États et ressortissants d'autres États, en date du 18 mars 1965
CIRDI ou le Centre	Centre international pour le règlement des différends relatifs aux investissements
Mémoire sur l'Annulation	Mémoire sur l'Annulation des Demanderesses, en date du 27 avril 2018

R-[#]	Pièce de la Défenderesse dans la Procédure de Nouvel Examen
RL-[#]	Source juridique de la Défenderesse dans la Procédure de Nouvel Examen
Décision sur la Correction	Décision sur la Correction rendue par le Tribunal de Nouvel Examen le 6 octobre 2017
Duplicque sur l'Annulation	Duplicque de la Défenderesse, en date du 25 janvier 2019
Réplique sur l'Annulation	Réplique des Demanderesses au Contre-Mémoire sur l'Annulation de la Défenderesse, en date du 9 novembre 2018
Défenderesse ou Chili	La République du Chili
Sentence après Nouvel Examen ou la Sentence	Sentence rendue par le Tribunal de Nouvel Examen le 13 septembre 2016, corrigée par la Décision sur la Correction rendue par le Tribunal de Nouvel Examen le 6 octobre 2017
Audience de Nouvel Examen	Audience tenue à Londres dans la Procédure de Nouvel Examen du 13 au 16 avril 2015
Procédure de Nouvel Examen	Procédure de nouvel examen enregistrée le 8 juillet 2013
Tribunal de Nouvel Examen ou Tribunal	Tribunal composé de Sir Franklin Berman, de M. Alexis Mourre et de M. V.V. Veeder, reconstitué le 31 janvier 2014
RALA-[#]	Source juridique de la Défenderesse dans la Procédure en annulation
Tr. Jour [#] ([Date]) [page],[ligne]	Transcriptions de l'Audience sur l'Annulation

I. INTRODUCTION

1. La présente affaire porte sur une requête en annulation (la « **Requête en Annulation** ») de la sentence rendue le 13 septembre 2016, corrigée par la décision du 6 octobre 2017 (la « **Sentence après Nouvel Examen** »), dans la procédure d'arbitrage (Affaire CIRDI ARB/98/2) entre Víctor Pey Casado et la Fondation Président Allende (ensemble les « **Demandersses** ») et la République du Chili (le « **Chili** » ou la « **Défenderesse** » et, avec les Demandersses, les « **Parties** »). Les représentants des Parties et leurs adresses sont énumérés ci-dessus en page (i).
2. La Sentence après Nouvel Examen a été rendue par un tribunal composé de Sir Franklin Berman (Président), de M. Alexis Mourre et de M. V.V. Veeder (le « **Tribunal de Nouvel Examen** »).
3. Le différend dans la procédure initiale (l'« **Arbitrage Initial** ») a été soumis par les Demandersses au Centre international pour le règlement des différends relatifs aux investissements (le « **CIRDI** » ou le « **Centre** ») le 7 novembre 1997 sur le fondement de l'Accord entre le Royaume d'Espagne et la République du Chili pour la Protection et la Promotion Réciproques des Investissements, entré en vigueur le 29 mars 1994 (le « **TBI** » ou le « **Traité** ») et de la Convention pour le règlement des différends relatifs aux investissements entre États et ressortissants d'autres États, en date du 18 mars 1965 (la « **Convention CIRDI** »).
4. Le différend est né de la confiscation des actifs de deux sociétés chiliennes (*Consortio Publicitario y Periodístico S.A.* « **CPPSA** » et *Empresa Periodística Clarín Ltda* « **EPC Ltda** ») à la suite du coup d'état mené par le Général Augusto Pinochet en 1973. Dans l'arbitrage, les Demandersses ont soutenu, *inter alia*, que la Défenderesse avait illégalement confisqué leurs investissements dans CCPSA et EPC Ltda et ne les avait pas fait bénéficier d'un traitement juste et équitable. En particulier, les Demandersses ont fait valoir qu'elles avaient subi une discrimination et un déni de justice de la part du Chili en relation avec la demande de réparation au titre de la confiscation d'une rotative Goss,

introduite par M. Pey Casado auprès des tribunaux chiliens en 1995 (l' « **affaire de la rotative Goss** »)¹.

5. Dans une sentence en date du 8 mai 2008 (la « **Sentence Initiale** »), le tribunal, composé du Professeur Pierre Lalive, de M. Mohammed Chemloul et du Professeur Emmanuel Gaillard (le « **Tribunal Initial** ») a rejeté la demande des Demanderesses fondée sur l'expropriation au motif que la confiscation d'*El Clarín* (le journal chilien publié par CCPSA et EPC Ltda) n'était pas couverte *ratione temporis* par le TBI. Le Tribunal Initial a également conclu que la Défenderesse avait violé l'article 4 du TBI en raison de l'absence de décision par ses tribunaux dans l'affaire de la rotative Goss pendant sept ans (déni de justice) et de sa décision ministérielle d'accorder une indemnisation à des personnes autres que M. Pey Casado et la Fondation (la « **Décision n° 43** ») (discrimination). Après avoir rejeté toutes les autres demandes, le Tribunal Initial a octroyé aux Demanderesses un montant de 10.132.690,18 USD (plus des intérêts composés) à titre de dommages-intérêts, ainsi que 2.000.000 USD au titre des honoraires et frais d'avocats et 1.045.579,35 USD au titre des frais de procédure².
6. Le 6 juillet 2009, le Secrétaire général du CIRDI a enregistré la requête en annulation de la Sentence Initiale, déposée par le Chili (la « **Première Procédure en annulation** »). Le 18 décembre 2012, le comité *ad hoc*, composé du Professeur Piero Bernardini, du Professeur Ahmed El-Kosheri et de M. L. Yves Fortier (le « **Premier Comité** »), a rendu une décision qui annulait partiellement la Sentence Initiale (la « **Décision Initiale sur l'Annulation** »). Plus précisément, le Premier Comité a annulé le paragraphe 4 du dispositif de la Sentence Initiale et les paragraphes correspondants du raisonnement³.
7. Le 18 juin 2013, les Demanderesses ont déposé une nouvelle requête d'arbitrage, sur le fondement de l'article 52(6) de la Convention CIRDI (la « **Procédure de Nouvel Examen** »). Dans la Procédure de Nouvel Examen, les Demanderesses ont soutenu, *inter*

¹ Sentence après Nouvel Examen, para. 11.

² Sentence Initiale, Section X.

³ Décision Initiale sur l'Annulation, para. 359.

alia, que la fille de M. Pey Casado (Mme Coral Pey Grebe) était une partie adéquate à la Procédure de Nouvel Examen (puisqu'elle était la cessionnaire des actions de M. Pey Casado dans CPPSA et EPC Ltda)⁴, et ont demandé des dommages-intérêts d'un montant de 150 millions USD au titre des violations du TBI commises par la Défenderesse, plus les frais.

8. La Sentence après Nouvel Examen a été rendue le 13 septembre 2016. Le Tribunal de Nouvel Examen a décidé que Mme Coral Pey Grebe ne pouvait pas être une demanderesse en son nom propre dans la Procédure de Nouvel Examen. Dans la même sentence, il a en outre conclu que les Demanderesses n'avaient pas démontré de préjudice quantifiable qui leur aurait été causé par la violation de l'article 4 du TBI (et que, par conséquent, aucune compensation financière ne pouvait être octroyée à ce titre) et il a rejeté les demandes des Demanderesses fondées sur l'enrichissement sans cause et le préjudice moral. Il a condamné les Demanderesses à supporter les trois quarts des frais d'arbitrage⁵.
9. Les Demanderesses ont demandé la correction de quatre erreurs figurant dans la sentence du 13 septembre 2016, sur le fondement de l'article 49 de la Convention CIRDI. Au cours de la procédure de correction, les Demanderesses ont demandé, sans succès, la récusation de deux des membres du Tribunal de Nouvel Examen (Sir Franklin Berman et M. V.V. Veeder). Dans une décision rendue le 6 octobre 2017 (la « **Décision sur la Correction** »), le Tribunal de Nouvel Examen a corrigé les paragraphes 61, 66, 198 et le paragraphe 2 du dispositif de la Sentence après Nouvel Examen et a condamné les Demanderesses à supporter les coûts de la procédure de correction⁶.
10. Dans la présente Procédure en annulation, les Demanderesses demandent l'annulation de la Sentence après Nouvel Examen pour les motifs suivants : (i) vice dans la constitution du Tribunal de Nouvel Examen (article 52(1)(a) de la Convention CIRDI) ; (ii) excès de

⁴ La première page de la requête d'arbitrage fait référence à l'affaire de la manière suivante : « Víctor Pey Casado et Fondation espagnole Président Allende (Affaire CIRDI ARB/98/2) c. République du Chili ». Toutefois, à la page 3 de la requête, il est indiqué que les Demanderesses sont Mme Coral Pey Grebe et la Fondation Président Allende.

⁵ Sentence après Nouvel Examen, para. 256.

⁶ Décision sur la Correction, para. 62.

pouvoir manifeste (article 52(1)(b) de la Convention CIRDI) ; (iii) inobservation grave d'une règle fondamentale de procédure (article 52(1)(d) de la Convention CIRDI) ; et (iv) défaut de motifs (article 52(1)(e) de la Convention CIRDI)⁷.

II. HISTORIQUE DE LA PROCÉDURE

11. Le 10 octobre 2017, les Demanderesses ont déposé la Requête en Annulation auprès du CIRDI sur le fondement de l'article 52 de la Convention CIRDI et de l'article 50 du Règlement de procédure du CIRDI relatif aux instances d'arbitrage (le « **Règlement d'arbitrage du CIRDI** »)⁸. La Requête en Annulation contenait une demande de suspension de l'exécution de la Sentence après Nouvel Examen, sur le fondement de l'article 52(5) de la Convention CIRDI et de l'article 54(2) du Règlement d'arbitrage du CIRDI (la « **Demande de Suspension** »).
12. Le 25 octobre 2017, le Secrétaire général du CIRDI a enregistré la Requête en Annulation et a notifié aux Parties que l'exécution de la Sentence était suspendue provisoirement conformément à l'article 54(2) du Règlement d'arbitrage du CIRDI.
13. Le 20 décembre 2017, le Comité *ad hoc* (le « **Comité** ») a été constitué conformément à l'article 52(3) de la Convention CIRDI. Ses membres sont : le Professeur Dr. Rolf Knieper (de nationalité allemande), en qualité de Président, le Professeur Dr. Nicolas Angelet (de nationalité belge) et le Professeur Yuejiao Zhang (de nationalité chinoise). Tous les membres ont été nommés par le Président du Conseil administratif.
14. À la même date, les Parties ont été informées que la Procédure en annulation était réputée avoir commencé à cette date et que M. Benjamin Garel, Conseiller juridique au CIRDI, assumerait les fonctions de Secrétaire du Comité. Les Parties ont été ultérieurement

⁷ Le 20 février 2019, les Demanderesses ont confirmé qu'elles ne demandaient pas l'annulation de la Sentence après Nouvel Examen sur le fondement de l'article 52.1(c) de la Convention CIRDI, et que la référence à cette disposition aux paragraphes 21 et 22 de la Réplique sur l'Annulation du 9 novembre 2018 était erronée.

⁸ La Requête en Annulation mentionne M. Víctor Pey Casado et la Fondation Président Allende en qualité de Demanderesses à la Procédure en annulation.

informées que Mme Laura Bergamini, Conseillère juridique au CIRDI, remplacerait M. Garel en qualité de Secrétaire du Comité.

15. Le 21 décembre 2017, les Demanderesses ont soumis une demande de production de certains documents, accompagnée des pièces C-208 à C-212.
16. Le 22 décembre 2017, le Secrétariat du CIRDI a écrit aux Parties au sujet des dispositions à prendre pour la première session et a fait circuler un projet d'Ordonnance de procédure n° 1 prévoyant notamment des directives sur la conduite de la procédure. Par la même lettre, les Parties ont été informées de la décision du Comité de prolonger la suspension provisoire de l'exécution de la Sentence après Nouvel Examen.
17. Le 30 décembre 2017, les Demanderesses ont soumis leurs commentaires sur le projet d'Ordonnance de procédure n° 1.
18. Le 31 décembre 2017, compte tenu des disponibilités des Parties pour la première session, le Comité leur a demandé de lui faire savoir si elles seraient d'accord pour tenir la première session au-delà du délai fixé dans l'article 13 du Règlement d'arbitrage du CIRDI. Les Parties ont répondu le 5 janvier 2018.
19. Le 9 janvier 2018, le Comité a décidé notamment de tenir la première session en personne le 16 février 2018 (la « **Première Session sur l'Annulation** »).
20. Les 12 et 13 janvier 2018, après consultation des Parties, le Comité a confirmé que la Première Session sur l'Annulation se tiendrait à Washington, D.C.
21. Le 15 janvier 2018, les Demanderesses ont soumis des commentaires supplémentaires sur le projet d'Ordonnance de procédure n° 1.
22. Le 19 janvier 2018, la Défenderesse a soumis ses commentaires sur le projet d'Ordonnance de procédure n° 1 et ses observations sur la Demande de Suspension et la demande de production de documents présentée par les Demanderesses, accompagnées des pièces RA-0001 à RA-0033 et des sources juridiques RALA-0001 à RALA-0012.

23. Le 22 janvier 2018, les Demanderesses ont sollicité l'autorisation de répondre aux commentaires de la Défenderesse.
24. Le 23 janvier 2018, le Comité a fixé les délais pour les écritures supplémentaires des Parties sur la Demande de Suspension et la demande de production de documents présentée par les Demanderesses.
25. Le 2 février 2018, les Demanderesses ont répondu aux commentaires de la Défenderesse du 19 janvier 2018 (en déposant les pièces C-213 à C-241) et ont soumis d'autres commentaires sur le projet d'Ordonnance de procédure n° 1.
26. Le 12 février 2018, la Défenderesse a répondu aux écritures des Demanderesses en date du 2 février 2018 (en déposant les pièces RA-0034 et RA-0035 et les sources juridiques RALA-0013 à RALA-0015).
27. Le 16 février 2018, le Comité a tenu la Première Session sur l'Annulation dans les locaux de la Banque mondiale à Washington, D.C. Ont participé à la session :

Membres du Comité :

Professeur Dr. Rolf Knieper, Président

Professeur Dr. Nicolas Angelet

Professeur Yuejiao Zhang

Secrétariat du CIRDI :

Dr. Laura Bergamini, Secrétaire du Comité

Représentant les Demanderesses :

Dr. Juan E. Garcés, Garcés y Prada, Abogados

M. Hernan Garcés Duran, Garcés y Prada, Abogados

Professeur Robert Lloyd Howse, New York University, School of Law

Mme Alexandra Muñoz, Gide, Loyrette, Nouel (par vidéoconférence)

Mme Francisca Duran Ferraz de Andrade, Gestion de la Fondation Président Allende

Représentant la Défenderesse :

M. Paolo Di Rosa, Arnold & Porter

Mme Mallory Silberman, Arnold & Porter

Mme Caroline Kelly, Arnold & Porter

Mme Aimee Kneiss, Arnold & Porter

M. German Savastano, Arnold & Porter

28. Au cours de la Première Session sur l'Annulation, les Parties et les Membres du Comité ont discuté le projet d'Ordonnance de procédure n° 1 et la demande de production de documents présentée par les Demanderesses. Les Parties ont en outre présenté leurs plaidoiries sur la Demande de Suspension et sont convenues d'un calendrier procédural pour la Procédure en annulation (comprenant une phase de production de documents relative à certains documents). La Première Session sur l'Annulation a fait l'objet d'un enregistrement et d'une transcription (en anglais et en français). Des copies des transcriptions ont ensuite été transmises aux Parties et au Comité⁹.
29. Le 7 mars 2018, le Comité a rendu l'Ordonnance de procédure n° 1.
30. Le 15 mars 2018, le Comité a rendu une Décision sur la Demande de Suspension (la « **Décision sur la Demande de Suspension** »)¹⁰.
31. Le 16 mars 2018, les Demanderesses ont demandé l'autorisation de soumettre des rapports d'experts et des documents relatifs au fonctionnement des Essex Court Chambers, conformément aux paragraphes 16(3) à 16(5) de l'Ordonnance de procédure n° 1. Les Demanderesses ont en outre informé le Comité que M. Toby Cadman avait rejoint l'équipe juridique des Demanderesses.
32. Le 19 mars 2018, les Demanderesses ont soumis un document relatif au pouvoir de M. Hernán Garcés Durán pour les représenter¹¹.
33. Le 20 mars 2018, le Chili a répondu à la demande des Demanderesses du 16 mars 2018 et a soumis les sources juridiques RALA-0016 et RALA-0017.
34. Le 23 mars 2018, le Comité a pris note du fait que le Dr. Juan Garcés et M. Hernán Garcés Durán intervenaient dans la Procédure en annulation en qualité de mandataires des

⁹ La version définitive des transcriptions (en anglais et en français), qui intègre les corrections convenues entre les Parties, a été transmise aux Parties et au Comité le 17 août 2018.

¹⁰ La version française de la Décision sur la Demande de Suspension a été transmise aux Parties le 9 avril 2018, conformément au paragraphe 11(7) de l'Ordonnance de procédure n° 1.

¹¹ Les Demanderesses ont soumis la traduction en français de ce document le 5 avril 2018.

Demanderesses, tandis que Mme Muñoz, Mme Malinvaud, le Professeur Howse et M. Toby Cadman agissaient en qualité de conseils.

35. Le 24 mars 2018, le Comité a statué sur la demande des Demanderesses du 16 mars 2018.
36. À la même date, les Demanderesses ont soumis des documents relatifs au pouvoir du Dr. Juan Garcés de représenter M. Pey Casado, la Fondation et Mme Coral Pey Grebe.
37. Le 29 mars 2018, les Demanderesses ont demandé l'autorisation de soumettre des rapports d'experts et des documents, conformément aux paragraphes 16(3) et 16(5) de l'Ordonnance de procédure n° 1, et ont soumis les sources juridiques CL-258 à CL-260.
38. Le 6 avril 2018, la Défenderesse a répondu à la demande des Demanderesses du 29 mars 2018.
39. Le 13 avril 2018, le Comité s'est prononcé sur la demande des Demanderesses du 29 mars 2018.
40. Le 17 avril 2018, les Demanderesses ont soumis des documents supplémentaires au Secrétariat, qui n'ont pas été transmis au Comité conformément au paragraphe 16(7) de l'Ordonnance de procédure n° 1.
41. Le 20 avril 2018, la Défenderesse a fait part de ses commentaires sur les documents soumis par les Demanderesses le 17 avril 2018.
42. Le 24 avril 2018, le Comité a invité les Demanderesses à soumettre les documents joints à leur communication du 17 avril 2018 lorsqu'elles déposeraient leur mémoire sur l'annulation et a pris note de la demande de la Défenderesse que les frais liés aux échanges sur la recevabilité des éléments de preuve soient pris en considération lors de la répartition des frais de la procédure.
43. Le 27 avril 2018, les Demanderesses ont déposé un Mémoire sur l'Annulation accompagné de plusieurs pièces et sources juridiques (le « **Mémoire sur l'Annulation** »).

44. À la même date, les Demanderesses ont déposé une demande complémentaire en défense de l'intégrité et de l'équité de la procédure, accompagnée de plusieurs pièces et sources juridiques (la « **Demande Complémentaire** »).
45. Le 29 avril 2018, les Demanderesses ont soumis une version corrigée de la pièce C-284f.
46. Le 3 mai 2018, le Comité a invité la Défenderesse à faire part de ses éventuels commentaires sur la Demande Complémentaire dans son Contre-Mémoire sur l'Annulation.
47. Le 12 mai 2018, les Demanderesses ont soumis une traduction de courtoisie en anglais du Mémoire sur l'Annulation, ainsi qu'une version corrigée du Mémoire sur l'Annulation en français.
48. Le 15 mai 2018, le Centre a accusé réception d'une version corrigée du Mémoire sur l'Annulation, accompagnée d'un *corrigenda* et de la pièce C-292.
49. Le 17 mai 2018, les Demanderesses ont déposé une copie électronique de la pièce C-292 (en français et en espagnol).
50. Le 25 mai 2018, le Centre a accusé réception de copies papier de plusieurs pièces soumises par les Demanderesses.
51. Le 12 juillet 2018, la Défenderesse a soumis des pouvoirs de représentation à jour pour ses conseils.
52. Le 20 juillet 2018, la Défenderesse a soumis son Contre-Mémoire, accompagné de plusieurs pièces and sources juridiques (le « **Contre-Mémoire sur l'Annulation** »). Dans son Contre-Mémoire sur l'Annulation, la Défenderesse a répondu à la Demande Complémentaire et a demandé au Comité de réexaminer la Décision sur la Demande de Suspension.

53. Le 9 août 2018, le Comité a rejeté la demande de réexamen de la Décision sur la Demande de Suspension présentée par la Défenderesse et a fixé des délais pour des échanges supplémentaires sur la Demande Complémentaire des Demanderesses.
54. Le 20 août 2018, les Demanderesses ont soumis une demande de production de documents ainsi qu'une traduction en français de la pièce C-220.
55. Le 21 août 2018, la Défenderesse a fait part de ses commentaires sur la demande de production de documents présentée par les Demanderesses et a soumis une lettre qu'elle avait adressée aux Demanderesses le 9 août 2018.
56. À la même date, les Demanderesses ont déposé une version corrigée de la demande de production de documents.
57. Le 30 août 2018, le Comité a rendu l'Ordonnance de procédure n° 2 relative à la demande de production de documents présentée par les Demanderesses¹².
58. Le 8 octobre 2018, les Demanderesses ont informé le Comité que M. Pey Casado était décédé.
59. Le 10 octobre 2018, le Comité a invité les Demanderesses à faire savoir comment elles envisageaient la poursuite de la procédure à la suite du décès de M. Pey Casado, ce qu'elles ont fait le 12 octobre 2018. Le 18 octobre 2018, la Défenderesse a fait part de ses commentaires sur la proposition des Demanderesses.
60. Le 19 octobre 2018, le Comité a pris note de l'accord des Parties sur la poursuite de la Procédure en annulation entre les Demanderesses et la Défenderesse et sur le fait que Mme Coral Pey Grebe devrait continuer à être considérée comme la représentante de M. Pey

¹² La version française de l'Ordonnance de procédure n° 2 a été transmise aux Parties le 5 novembre 2018, conformément au paragraphe 11.7 de l'Ordonnance de procédure n° 1, avec une version corrigée de l'Ordonnance de procédure n° 1 (en français).

Casado dans le cadre de la procédure¹³. Le Comité a en outre confirmé que le calendrier procédural annexé à l'Ordonnance de procédure n° 1 restait en vigueur.

61. Le 9 novembre 2018, les Demanderesses ont déposé une Réplique au Contre-Mémoire sur l'Annulation de la Défenderesse (la « **Réplique sur l'Annulation** »), accompagnée de nombreuses pièces et sources juridiques. À la même date, les Demanderesses ont également demandé (i) que le Secrétaire général du CIRDI transmette aux Parties et au Comité les réponses qu'il avait reçues de M. V.V. Veeder et de Sir Franklin Berman à la lettre des Demanderesses du 20 septembre 2016 ; et (ii) que le Comité recense avant l'audience les sujets, les questions ou les dispositions juridiques nécessitant des clarifications lors de l'audience.
62. Le 13 novembre 2018, le Secrétaire général du CIRDI a répondu à la demande des Demanderesses du 9 novembre 2018.
63. Le 16 novembre 2018, la Défenderesse a fait part de ses commentaires sur la proposition des Demanderesses en date du 9 novembre 2018.
64. Le 20 novembre 2018, le Comité a indiqué que la liste des sujets, dispositions juridiques et/ou questions devant éventuellement être traité(e)s lors de l'audience serait transmise aux Parties le ou aux alentours du 19 février 2019.
65. Le 27 novembre 2018, les Demanderesses ont soumis une traduction de courtoisie en anglais de leur Réplique sur l'Annulation.
66. Le 6 décembre 2018, le Centre a accusé réception notamment de deux versions ultérieures révisées de la Réplique sur l'Annulation (accompagnées, dans chaque cas, d'un *corrigenda*).
67. Le 19 décembre 2018, la Défenderesse a demandé au Comité de reconsidérer la durée de l'audience indiquée dans le calendrier procédural annexé à l'Ordonnance de procédure n° 1. Le jour suivant, les Demanderesses se sont opposées à la demande de la Défenderesse.

¹³ Lettre des Demanderesses en date du 12 octobre 2018; Lettre de la Défenderesse en date du 18 octobre 2018.

Les Parties ont ensuite échangé des communications sur la durée envisagée de l'audience le 27 décembre 2018 et le 3 janvier 2019.

68. Le 9 janvier 2019, le Comité a informé les Parties qu'il déterminerait les jours exacts réservés à l'audience dès réception de la Duplique de la Défenderesse sur l'Annulation.
69. Le 14 janvier 2019, les Demanderesses ont soumis une lettre relative à une décision de la Cour d'appel de Santiago du 15 novembre 2018, accompagnée de plusieurs pièces et sources juridiques. À la même date, le Centre a transmis la lettre des Demanderesses au Comité sans ses pièces jointes, conformément au paragraphe 16(7) de l'Ordonnance de procédure n° 1.
70. Le 15 janvier 2019, le Comité a invité la Défenderesse à faire part de ses commentaires sur la communication des Demanderesses du 14 janvier 2019, ce que la Défenderesse a fait le 18 janvier 2019.
71. Le 22 janvier 2019, le Comité a invité les Demanderesses à préciser quelles circonstances exceptionnelles justifieraient que soit versée au dossier la décision de la Cour d'appel de Santiago et les sources juridiques jointes à leur lettre du 14 janvier 2019.
72. Le 25 janvier 2019, la Défenderesse a déposé sa Duplique sur l'Annulation (la « **Duplique sur l'Annulation** »), accompagnée de plusieurs pièces et sources juridiques.
73. Le 28 janvier 2019, les Demanderesses ont répondu à la demande du Comité du 22 janvier 2019. La Défenderesse a répondu à la lettre des Demanderesses le 1^{er} février 2019.
74. Le 4 février 2019, le Comité a décidé que l'audience se tiendrait du 12 au 14 mars 2019 (avec un jour supplémentaire en réserve) et a invité les Parties à se rapprocher et se mettre d'accord sur son organisation.
75. Le 5 février 2019, le Comité a décidé de verser au dossier les documents joints au courriel des Demanderesses du 14 janvier 2019.

76. Le 6 février 2019, les Demanderesses ont déposé une requête tendant à exclure du dossier quelques pièces soumises par la Défenderesse avec sa Duplique sur l'Annulation. La Défenderesse a répondu à la requête des Demanderesses le 12 février 2019.
77. Le 14 février 2019, le Comité a invité les Parties à se concerter au sujet de la (ou des) langue(s) devant être utilisée(s) lors de la conférence préliminaire relative à l'organisation de l'audience. Les Parties sont revenues vers le Comité sur cette question les 15, 19 et 21 février 2019.
78. Le 19 février 2019, le Comité a transmis aux Parties une liste préliminaire des sujets et questions devant être traités lors de l'audience. Le Comité a précisé que cette liste préliminaire de sujets et de questions ne limiterait en aucune manière le contenu des présentations des Parties ni les questions que le Comité pourrait poser aux Parties lors de l'audience.
79. Le 20 février 2019, le Comité a accusé réception des correspondances des Parties du 15 et du 19 février 2019 relatives à la (ou aux) langue(s) devant être utilisée(s) lors de la conférence préliminaire relative à l'organisation et il a noté que, sauf accord contraire entre les Parties, la conférence téléphonique préliminaire relative à l'organisation de l'audience ferait l'objet d'une interprétation simultanée en anglais et en français conformément aux paragraphes 11(1) et 11(6) de l'Ordonnance de procédure n° 1.
80. Le 20 février 2019, les Parties ont fait part de leurs commentaires sur l'organisation de l'audience.
81. Le 21 février 2019, les Demanderesses ont fait part de leurs commentaires sur la lettre de la Défenderesse du 12 février 2019.
82. Le 23 février 2019, les Demanderesses ont rectifié des erreurs matérielles dans deux pièces qu'elles avaient soumises les 20 et 21 février 2019.
83. Le 25 février 2019, le Comité s'est prononcé sur la requête des Demanderesses tendant à exclure du dossier un certain nombre de pièces de la Défenderesse.

84. Le 26 février 2019, le Président du Comité a tenu avec les Parties une réunion préliminaire relative à l'organisation de l'audience par conférence téléphonique. La conférence téléphonique a fait l'objet d'un enregistrement et d'une interprétation de et vers l'anglais et du et vers le français.
85. À la même date, la Défenderesse a demandé au Comité des précisions sur sa décision du 25 février 2019, que celui-ci a données le 1^{er} mars 2019.
86. Le 1^{er} mars 2019, le Comité a rendu l'Ordonnance de procédure n° 3 relative à l'organisation de l'audience¹⁴.
87. Le 7 mars 2019, les Demanderesses ont demandé au Comité l'autorisation de soumettre la décision sur l'annulation rendue dans *Suez, Sociedad General de Aguas de Barcelona S.A. et InterAguas Servicios Integrales del Agua S.A. c. République argentine* (Affaire CIRDI ARB/03/17) en date du 14 décembre 2018 (la « **Décision Suez c. Argentine** »).
88. Le 8 mars 2019, la Défenderesse a accepté que la Décision *Suez c. Argentine* puisse être versée au dossier.
89. Le 8 mars 2019, les Parties ont soumis chacune un canevas de leurs arguments pour l'audience¹⁵.
90. Le 9 mars 2019, les Demanderesses ont soumis une version corrigée du canevas de leurs arguments avec une copie électronique de la Décision *Suez c. Argentine* (identifiée en tant que pièce CL-414)¹⁶.
91. À la même date, la Défenderesse a fait valoir que le canevas des arguments présenté par les Demanderesses n'était pas conforme aux instructions du Comité figurant dans

¹⁴ La version française de l'Ordonnance de procédure n° 3 a été transmise aux Parties le 5 mars 2019, conformément au paragraphe 11(7) de l'Ordonnance de procédure n° 1.

¹⁵ À la même date, le Centre a accusé réception de deux clés USB contenant des copies des écritures des Demanderesses et de la Défenderesse dans les procédures en annulation et de nouvel examen.

¹⁶ Le 10 mars 2019, les Parties ont convenu que la Décision *Suez c. Argentine* devait désormais être identifiée en tant que pièce factuelle C-416.

l'Ordonnance de procédure n° 3 et elle a demandé au Comité d'ordonner aux Demanderesses de soumettre une version révisée du canevas de leurs arguments ou, à titre subsidiaire, d'exclure des discussions lors de l'audience toutes les demandes ou arguments nouveaux(elles) ou reformulé(e)s des Demanderesses. Le Comité a examiné l'objection de la Défenderesse à la recevabilité du canevas des arguments des Demanderesses lors de l'audience et l'a ensuite rejetée.

92. Le 10 mars 2019, la Défenderesse a confirmé qu'une version corrigée de la pièce RA-0205(ENG) (transcriptions de la journée du 14 avril 2015 de l'Audience de Nouvel Examen) avait été versée au dossier et en a transmis au Comité une copie électronique. À la même date, les Demanderesses ont fait valoir que la pièce transmise par la Défenderesse n'était pas la bonne version de la pièce RA-0205(ENG).
93. L'audience sur l'annulation s'est tenue dans les bureaux de la Banque mondiale à Washington, D.C., du 12 au 14 mars 2019 (l' « **Audience sur l'Annulation** »)¹⁷. Étaient présentes à l'Audience sur l'Annulation les personnes suivantes :

Membres du Comité :

Professeur Dr. Rolf Knieper, Président
Professeur Dr. Nicolas Angelet
Professeur Yuejiao Zhang

Secrétariat du CIRDI :

Dr. Laura Bergamini, Secrétaire du Comité

Représentant les Demanderesses :

Dr. Juan E. Garcés, Mandataire, Garcés y Prada, Abogados
M. Hernan Garcés Duran, Comandataire, Garcés y Prada, Abogados
Professeur Robert Lloyd Howse, New York University, School of Law
Mme Alexandra Muñoz, Gide, Loyrette, Nouel
M. Toby Cadman, Guernica 37 International Justice Chambers
Mme Ruti Teitel, Ernst C. Stiefel Professor of Comparative Law, New York Law School Visiting Fellow, London School of Economics
Mme Francisca Duran Ferraz de Andrade, Gestion de la Fondation Président Allende

¹⁷ Conformément au paragraphe 9 de l'Ordonnance de procédure n° 3, le 13 mars 2019, le Comité a décidé, après consultation des Parties, que l'Audience sur l'Annulation prendrait fin le 14 mars 2019.

Représentant la Défenderesse :

Mme Mairée Uran Bidegain, République du Chili
Mme Macarena Rodriguez, République du Chili
M. Paolo Di Rosa, Arnold & Porter
Mme Gaela Gehring Flores, Arnold & Porter
Mme Mallory Silberman, Arnold & Porter
Mme Katelyn Horne, Arnold & Porter
Mme Caroline Kelly, Arnold & Porter
M. Michael Rodriguez, Arnold & Porter
M. Kelby Ballena, Arnold & Porter
Mme Barbara Galizia, Arnold & Porter
Mme Sally Pei, Arnold & Porter
M. Brian Williams, Arnold & Porter
Mme Andrea Rodriguez Escobedo, Arnold & Porter
Mme Kaila Millett, Arnold & Porter
Mme Christina Poehlitz, Arnold & Porter

Sténotypistes :

Mme Michelle Kirkpatrick (anglais), B&B Reporters
Mme Catherine Le Madic (français), FrenchRealttime
Mme Ait Ahmed ép. Oubella (français, scopiste), FrenchRealttime
Mme Audrey Lemée (français, scopiste), FrenchRealttime

Interprètes :

Mme Sarah Rossi, interprète anglais-français
Mme Chantal Bret, interprète anglais-français
Mme Christine Victorin, interprète anglais-français

94. Au cours de l’Audience sur l’Annulation, les Parties ont présenté leurs plaidoiries sur la Requête en Annulation et la Demande Complémentaire. L’Audience a été enregistrée. Une transcription littérale, en anglais et en français, a été établie et communiquée aux Parties.
95. À la fin de l’Audience sur l’Annulation, le Comité, après avoir consulté les Parties, a tranché plusieurs questions après-audience, notamment le délai pour les corrections à apporter à la transcription et le délai et le format de l’état des frais. Les Parties sont convenues de ne pas soumettre de mémoires après-audience.
96. Le Comité s’est réuni pour délibérer à Washington, D.C. les 15 et 16 mars 2019 et a poursuivi ses délibérations par la suite par divers moyens de communication.

97. Le 22 mars 2019, le Comité a prorogé le délai dans lequel les Parties devaient transmettre les corrections, convenues ou proposées, qu'elles souhaitent apporter aux transcriptions.
98. Le 8 avril 2019, les Parties ont soumis leurs propositions de corrections à apporter aux versions anglaise et française de la transcription et ont confirmé qu'elles étaient parvenues à un accord sur l'ensemble des corrections proposées par la Défenderesse. Elles ont en outre indiqué qu'elles n'avaient pas pu trouver d'accord sur un certain nombre de corrections proposées par les Demanderesses et, plus généralement, sur la nature des modifications susceptibles de constituer des « corrections » au sens du paragraphe 20(3) de l'Ordonnance de procédure n° 1. Dans sa lettre du 8 avril 2019, la Défenderesse a précisé les raisons pour lesquelles elle ne pouvait pas accepter un certain nombre de révisions proposées par les Demanderesses.
99. Le 11 avril 2019, les Demanderesses ont répondu à la lettre de la Défenderesse du 8 avril 2019.
100. Le 12 avril 2019, le Comité a pris note du fait que les Parties étaient parvenues à un accord sur les corrections à apporter à la transcription anglaise proposées par la Défenderesse et a confirmé que la sténotypiste intégrerait ces corrections dans les transcriptions. Le Comité a en outre statué sur l'étendue des « corrections » autorisées au paragraphe 20(3) de l'Ordonnance de procédure n° 1 et a fixé les délais dans lesquels les Demanderesses devaient faire part de leurs propositions de corrections révisées et les Parties devaient se concerter et revenir vers le Comité avec leurs corrections révisées, convenues ou contestées.
101. Le 16 avril 2019, les Demanderesses ont transmis à la Défenderesse leurs propositions de corrections révisées à apporter aux transcriptions.
102. Les 17 et 22 avril 2019, les Parties ont échangé leurs commentaires sur les propositions de corrections révisées des Demanderesses et ont convenu que la transcription reflétant la langue originale utilisée lors de l'Audience sur l'Annulation devait prévaloir sur la transcription reflétant l'interprétation.

103. Le 23 avril 2019, les Demanderesses ont transmis à la Secrétaire du Comité leurs propositions de corrections révisées à apporter aux transcriptions (en anglais et en français) des jours d'audience du 12 et du 14 mars 2019.
104. Le 25 avril 2019, la Défenderesse a fait part de ses commentaires sur les propositions de corrections révisées des Demanderesses et a demandé au Comité de trancher les points sur lesquels elles n'étaient pas parvenues à un accord.
105. Le 29 avril 2019, le Comité a accusé réception des correspondances des Parties relatives à la transcription révisée et a pris note de leur accord selon lequel la version de la transcription reflétant la langue originale utilisée lors de l'Audience sur l'Annulation faisait foi. Le Comité a en outre pris acte du fait que toutes les propositions de corrections des Demanderesses intégrées dans les documents transmis par celles-ci le 23 avril 2019 n'ayant pas donné lieu à un commentaire particulier du Chili dans la marge devaient être considérées comme étant convenues entre les Parties.
106. Le 6 mai 2019, la Défenderesse a demandé au Comité d'ordonner aux conseils des Demanderesses de s'abstenir de publier des commentaires sur l'affaire, conformément au paragraphe 24 de l'Ordonnance de procédure n° 1. À la même date, les Demanderesses ont fait part de leurs commentaires sur la demande de la Défenderesse.
107. Le 10 mai 2019, le Comité a statué sur la demande de la Défenderesse du 6 mai 2019.
108. Les Parties ont déposé leurs mémoires respectifs sur les coûts le 15 mai 2019 et ont fait part de leurs commentaires sur le mémoire sur les coûts de l'autre Partie le 30 mai 2019.
109. Le 11 juin 2019, les Demanderesses ont demandé au Comité de les autoriser à soumettre la décision sur l'annulation rendue dans *Mobil Exploration and Development Inc. Suc. Argentina* et *Mobil Argentina S.A. c. République argentine* (Affaire CIRDI ARB/04/16), en date du 8 mai 2019 (la « **Décision Mobil c. Argentine** »).
110. Le 12 juin 2019, le Comité a invité la Défenderesse à faire part de ses commentaires sur la demande des Demanderesses en date du 11 juin 2019.

111. Le 18 juin 2019, la Défenderesse a fait part de ses commentaires sur la demande des Demanderesses tendant à l'autorisation de la soumission de la Décision *Mobil c. Argentine*.
112. Le 24 juin 2019, le Comité (i) a invité les Demanderesses à communiquer à la Défenderesse et au Comité une copie électronique de la Décision *Mobil c. Argentine* ; et (ii) a invité les Parties à faire part, au plus tard le 1^{er} juillet 2019, de leurs commentaires sur le point de savoir si, et dans quelle mesure, les conclusions du comité d'annulation dans l'affaire *Mobil Exploration c. Argentine* étaient pertinentes pour la décision en l'espèce.
113. Le 25 juin 2019, les Demanderesses ont communiqué une copie électronique de la Décision *Mobil c. Argentine*.
114. Le 1^{er} juillet 2019, chaque Partie a fait part de ses commentaires sur les conclusions du comité dans l'affaire *Mobil Exploration c. Argentine*.
115. Le 1^{er} juillet 2019, la Défenderesse a déposé une demande de clarification relative à la Décision sur la Demande de Suspension.
116. Le 4 juillet 2019, le Comité a invité les Demanderesses à faire part de leurs commentaires sur la demande de clarification relative à la Décision sur la Demande de Suspension soumise par la Défenderesse.
117. Le 8 juillet 2019, les Demanderesses ont soumis leurs commentaires sur la demande de la Défenderesse en date du 1^{er} juillet 2019.
118. Le 9 juillet 2019, le Comité a statué sur la demande de clarification relative à la Décision sur la Demande de Suspension soumise par la Défenderesse.
119. Le 9 juillet 2019, le Centre a informé les Parties que Mme Ella Rosenberg remplacerait Dr. Laura Bergamini en qualité de Secrétaire du Comité pendant le congé de maternité de Dr. Bergamini.

120. Après des échanges avec les Parties, une version corrigée de la décision sur la demande de clarification de la Décision sur la Demande de Suspension soumise par la Défenderesse a été adressée aux Parties le 15 juillet 2019.
121. Le 27 août 2019, le Comité a statué sur les corrections révisées à apporter aux transcriptions sur lesquelles les Parties ne s'étaient pas mises d'accord¹⁸.
122. Conformément aux articles 53 et 38(1) du Règlement d'arbitrage du CIRDI, la Procédure en annulation a été déclarée close le 11 septembre 2019.
123. Le 4 décembre 2019, les Demanderesses ont demandé l'autorisation de verser de nouveaux éléments de preuve au dossier. Le Comité a rejeté la demande des Demanderesses le 6 décembre 2019.

III. LA SENTENCE APRÈS NOUVEL EXAMEN

A. LA PROCÉDURE DE NOUVEL EXAMEN

124. Dans la présente section, le Comité rappelle brièvement le contexte procédural de la Procédure de Nouvel Examen (essentiellement tel qu'il est indiqué dans la Sentence après Nouvel Examen¹⁹ et décrit par les Parties dans la Procédure en annulation).
125. Le 18 juin 2013, les Demanderesses ont soumis, en application de l'article 52(6) de la Convention CIRDI, une nouvelle requête d'arbitrage, qui a été enregistrée par le Centre le 8 juillet 2013. Conformément aux termes de l'article 52(6), le Tribunal de Nouvel Examen a été constitué le 24 décembre 2013, composé de Sir Franklin Berman (Président), nommé par le Président du Conseil administratif du CIRDI conformément à l'article 38 de la Convention CIRDI, du Professeur Philippe Sands, nommé par les Demanderesses, et de M. Alexis Mourre, nommé par la Défenderesse. À la suite d'une demande en récusation présentée par la Défenderesse, le Professeur Sands a informé le Centre, par lettre du

¹⁸ La version définitive des transcriptions (en anglais et en français), qui intègre les corrections convenues entre les Parties et la décision du Comité du 27 août 2019, a été transmise aux Parties et au Comité le 4 décembre 2019.

¹⁹ Sentence après Nouvel Examen, paras. 15-40; Décision sur la Correction, paras. 1-22.

- 10 janvier 2014, que, bien qu'il rejetait les motifs invoqués à l'appui de la demande en récusation, il estimait que la conduite à tenir était de laisser la procédure suivre son cours sans la perturber, et il a donc renoncé à sa nomination en qualité d'arbitre.
126. Le 13 janvier 2014, à la suite de la démission du Professor Sands, le Secrétaire général du CIRDI a notifié la vacance aux Parties et l'instance a été suspendue conformément à l'article 10(2) du Règlement d'arbitrage du CIRDI. À la même date, le Tribunal a accepté la démission du Professeur Sands, conformément à l'article 8(2) du Règlement d'arbitrage du CIRDI, et, le 31 janvier 2014, M. V. V. Veeder a été désigné pour pourvoir à la vacance au sein du Tribunal, conformément à l'article 11(1) du Règlement d'arbitrage du CIRDI ; le Tribunal a été reconstitué à cette date. M. Paul-Jean Le Cannu a été désigné Secrétaire du Tribunal de Nouvel Examen à la même date et a été remplacé dans cette fonction par M. Benjamin Garel le 13 mai 2014. À la suite d'une proposition du Président, et avec l'accord des Parties, le Dr. Gleider Hernández a été désigné en qualité d'Assistant du Président le 12 décembre 2014.
127. Le 11 mars 2014, le Tribunal de Nouvel Examen a tenu sa première session avec les Parties par téléphone.
128. Le 18 mai 2014, le Tribunal de Nouvel Examen a rendu l'Ordonnance de procédure n° 1, qui établissait la procédure pour les phases orale et écrite de l'instance.
129. Conformément aux dispositions de l'Ordonnance de procédure n° 1, les écritures suivantes ont été déposées : le Mémoire des Demanderesses le 27 juin 2014, le Contre-Mémoire de la Défenderesse le 27 octobre 2014, la Réplique des Demanderesses le 9 janvier 2015 et la Duplique de la Défenderesse le 9 mars 2015.
130. Le 10 novembre 2014, les Demanderesses ont soumis au Tribunal de Nouvel Examen, en application de l'Ordonnance de procédure n° 1, une demande de production de documents, à laquelle la Défenderesse a répondu le 1^{er} décembre 2014. Une autre réponse des Demanderesses a été reçue le 3 décembre 2014, à laquelle a répliqué la Défenderesse (avec l'autorisation du Tribunal de Nouvel Examen) le 8 décembre 2014. Le 16 décembre 2014,

le Tribunal de Nouvel Examen a rendu l'Ordonnance de procédure n° 2, qui contenait sa décision motivée sur les demandes de production de documents.

131. Le 9 février 2015, les Demanderesses ont sollicité l'autorisation du Tribunal de Nouvel Examen de produire (a) deux décisions rendues les 10 janvier et 3 février 2015 par le Tribunal de Santiago, (b) les documents obtenus grâce à la recherche ordonnée par le Tribunal de Santiago dans ces décisions, et (c) des commentaires sur ces documents. Le 13 février 2015, la Défenderesse a exprimé son consentement aux demandes des Demanderesses et a indiqué qu'elle répondrait aux commentaires des Demanderesses dans sa Duplique. Le 16 février 2015, le Tribunal a accordé aux Demanderesses son autorisation de produire les documents en question, ainsi que des commentaires à leur sujet, le 20 février 2015 au plus tard. Le 20 février 2015, les Demanderesses ont soumis les documents en question et des commentaires s'y rapportant.
132. Le 2 avril 2015, le Tribunal de Nouvel Examen a rendu l'Ordonnance de procédure n° 3, qui indiquait les dispositions prises pour l'organisation de l'audience et communiquait le calendrier de l'audience.
133. Du 13 au 16 avril 2015, le Tribunal de Nouvel Examen a tenu une audience à Londres. À la fin de l'audience, le Président a établi la procédure devant être suivie par les Parties pour la soumission de leurs états des dépenses aux fins de l'article 28(2) du Règlement d'arbitrage du CIRDI. Le 18 et le 29 mai 2015 respectivement, les Demanderesses et la Défenderesse ont déposé un état de leurs dépenses et les Demanderesses un état supplémentaire de leurs dépenses.
134. Le 9 juin 2015, le Tribunal de Nouvel Examen a pris note de certaines corrections devant être apportées aux transcriptions de l'audience dont les Parties étaient convenues et il a statué sur les autres corrections sur lesquelles elles n'avaient pu trouver un accord.
135. Le 18 septembre 2015, les Demanderesses ont demandé au Tribunal de Nouvel Examen l'autorisation de verser au dossier un arrêt rendu par la Cour Suprême du Chili le 14 septembre 2015 et, le 28 septembre 2015, la Défenderesse a soumis ses commentaires

sur cette demande. Le 9 octobre 2015, le Tribunal de Nouvel Examen a autorisé le versement de l'arrêt au dossier.

136. Le 17 mars 2016, le Tribunal de Nouvel Examen a déclaré l'instance close, conformément à l'article 38(1) du Règlement d'arbitrage du CIRDI.
137. Le 18 juillet 2016, le Tribunal de Nouvel Examen a informé les Parties que, conformément à l'article 46 du Règlement d'arbitrage du CIRDI, il avait prorogé de 60 jours le délai de rédaction et de signature de la Sentence.
138. Le 13 septembre 2016, le Tribunal de Nouvel Examen a rendu la Sentence après Nouvel Examen.
139. Le 18 octobre 2016, les Demanderesses ont écrit au Secrétaire général pour l'informer qu'elles avaient découvert de nouvelles preuves d'un conflit d'intérêts de la part du Président Berman et de M. Veeder. Le Centre a répondu aux Demanderesses que le Tribunal de Nouvel Examen avait cessé d'exister²⁰.
140. Par lettre en date du 27 octobre 2016, les Demanderesses ont soumis une Requête en Correction de la Sentence après Nouvel Examen, sur le fondement de l'article 49 de la Convention CIRDI (la « **Requête en Correction** »). Dans cette même lettre, les Demanderesses ont présenté certaines demandes d'information et de divulgation de la part de Sir Franklin Berman et de M. Veeder et ont en outre demandé la suspension de la procédure de correction jusqu'à ce que le tribunal appelé à interpréter la Sentence Initiale du 8 mai 2008, conformément à la demande des Demanderesses du 7 octobre 2016, ait rendu sa décision sur l'interprétation.
141. Par courriel en date du 4 novembre 2016, la Défenderesse a demandé au Secrétaire général du CIRDI un délai de quatre semaines pour déposer sa réponse en ce qui concerne la bonne procédure à suivre dans les circonstances présentées par les écritures des Demanderesses.

²⁰ Comme cela est également rappelé dans les écritures des Demanderesses devant le Président du Conseil administratif, p. 37 (C-118).

142. Par courriel en date du 5 novembre 2016, les Demanderesses se sont opposées à la demande de délai de quatre semaines présentée par la Défenderesse.
143. Le 8 novembre 2016, le Secrétaire général par intérim du CIRDI a enregistré la Requête en Correction. Par lettre du même jour, il a invité les Parties à soumettre au Tribunal leurs propositions en ce qui concerne la procédure, la conduite et le calendrier de la procédure de correction (la « **Procédure de Correction** »).
144. Par lettre en date du 10 novembre 2016, les Demanderesses ont soumis une demande de suspension de la Procédure de Correction, dans l'attente de la divulgation de certaines informations par Sir Franklin Berman et M. Veeder.
145. Par lettre en date du 16 novembre 2016, le Tribunal de Nouvel Examen a invité la Défenderesse à indiquer, au plus tard le 30 novembre 2016, si elle consentait aux corrections demandées.
146. Par lettre en date du 17 novembre 2016, la Défenderesse a demandé au Tribunal de Nouvel Examen d'ordonner aux Demanderesses de soumettre une version espagnole de la Requête en Correction, et a demandé un délai d'au moins trois semaines à compter de la réception de la version espagnole de la Requête en Correction pour examiner et faire connaître au Tribunal de Nouvel Examen sa position sur les corrections demandées.
147. Par lettre en date du 18 novembre 2016, les Demanderesses ont réitéré auprès du Tribunal de Nouvel Examen leurs demandes de divulgation en date du 27 octobre 2016 et du 10 novembre 2016.
148. Par lettre en date du 21 novembre 2016, le Tribunal de Nouvel Examen a pris note des références dans la Requête en Correction à des déclarations supplémentaires relatives à l'indépendance et à l'impartialité de Sir Franklin Berman et de M. Veeder, et a fait savoir aux Parties que ces derniers avaient déjà répondu au Secrétaire général du CIRDI à ce sujet et qu'ils n'avaient rien à ajouter.

149. Par une seconde lettre en date du 21 novembre 2016, le Tribunal de Nouvel Examen a rejeté la demande de suspension de la Procédure de Correction déposée par les Demanderesses. Dans la même lettre, le Tribunal de Nouvel Examen a demandé aux Demanderesses de communiquer une traduction en espagnol de la Requête au plus tard le 2 décembre 2016, et a fixé le calendrier procédural de la Procédure de Correction.
150. Par lettre en date du 22 novembre 2016, les Demanderesses ont demandé la récusation de Sir Franklin Berman et de M. Veeder (les « **Arbitres Contestés** »), sur le fondement de l'article 57 de la Convention CIRDI et de l'article 9 du Règlement d'arbitrage du CIRDI (la « **Première Demande en Récusation** »).
151. Par lettre en date du 29 novembre 2016, le Centre a informé les Parties que, conformément à l'article 9(6) du Règlement d'arbitrage du CIRDI, la Procédure de Correction était suspendue jusqu'à ce qu'une décision sur la Première Demande en Récusation ait été rendue.
152. Le 21 février 2017, le Centre a transmis aux Parties la Décision du Président du Conseil administratif du CIRDI rejetant la Première Demande en Récusation. Par lettre de la même date, le Tribunal de Nouvel Examen a notifié aux Parties que, conformément à l'article 9(6) du Règlement d'arbitrage du CIRDI, la Procédure de Correction reprenait son cours à cette date.
153. Le 23 février et le 4 mars 2017, les Demanderesses ont soumis d'autres demandes en récusation de M. Veeder, puis de Sir Franklin Berman, sur le fondement de l'article 57 de la Convention CIRDI et de l'article 9 du Règlement d'arbitrage du CIRDI. Par lettre en date du 23 février 2017, le Tribunal de Nouvel Examen a notifié aux Parties que, conformément à l'article 9(6) du Règlement d'arbitrage du CIRDI, la Procédure de Correction était de nouveau suspendue.
154. Par lettre en date du 6 mars 2017, le Centre a informé les Parties qu'il traitait les autres demandes en récusation présentées par les Demanderesses comme une demande en récusation visant une majorité du Tribunal de Nouvel Examen, devant être tranchée dans

son ensemble par le Président du Conseil administratif du CIRDI, conformément à l'article 58 de la Convention CIRDI (la « **Seconde Demande en Récusation** »).

155. Le 13 avril 2017, le Centre a informé les Parties de la Décision du Président du Conseil administratif de rejeter la Seconde Demande en Récusation. Par lettre du même jour, le Tribunal de Nouvel Examen a notifié aux Parties que la Procédure de Correction avait repris son cours avec effet immédiat.
156. Par lettre en date du 18 avril 2017, le Tribunal a notifié aux Parties que les dispositions prises en matière de procédure mentionnées dans la lettre en date du 21 novembre 2016 restaient inchangées, sous réserve d'une prolongation du calendrier procédural de vingt semaines pour prendre en compte les suspensions de la Procédure de Correction indiquées ci-dessus.
157. Par lettre en date du 21 avril 2017, les Demanderesses ont demandé au Tribunal qu'il soit mis fin à la Procédure de Correction, conformément à l'article 44 du Règlement d'arbitrage du CIRDI.
158. Dans une Ordonnance en date du 24 avril 2017, le Tribunal de Nouvel Examen a fixé au 1^{er} mai 2017 la date butoir à laquelle la Défenderesse devait faire connaître sa position, en vertu de l'article 44 du Règlement du CIRDI, sur la requête en désistement de la Procédure de Correction présentée par les Demanderesses.
159. Le 6 octobre 2017, le Tribunal de Nouvel Examen a rendu la Décision sur la Correction.

B. LES POSITIONS DES PARTIES DEVANT LE TRIBUNAL DE NOUVEL EXAMEN ET SES DÉCISIONS

160. La position des Demanderesses devant le Tribunal de Nouvel Examen est exposée en détail aux paragraphes 42 à 122 de la Sentence du 13 septembre 2016 et aux paragraphes 37, 38, 40, 42 et 44 de la Décision sur la Correction du 6 octobre 2017.
161. En substance, les Demanderesses ont fait valoir que Mme Coral Pey Grebe pouvait être une partie adéquate à la Procédure de Nouvel Examen (puisqu'elle était la cessionnaire de

l'ensemble des droits de M. Pey Casado) et elles ont soutenu que le Tribunal de Nouvel Examen était compétent à son égard en application de l'article 25 de la Convention CIRDI²¹. Sur le fond, les Demanderesses ont avancé que le seul objet de la Procédure de Nouvel Examen était d'évaluer le montant des dommages-intérêts qui leur étaient dus au titre du déni de justice et de la discrimination qu'elles avaient subis (et qui avaient été établis par le Tribunal Initial)²² et elles ont développé leurs idées sur le calcul et la quantification de ces dommages-intérêts²³. Les Demanderesses ont demandé à titre de réparation des montants de 11.156.739,44 EUR et de 517.533 USD, ainsi que les frais de représentation²⁴.

162. La position de la Défenderesse devant le Tribunal de Nouvel Examen est exposée aux paragraphes 123 à 170 de la Sentence après Nouvel Examen et aux paragraphes 39, 41, 43 et 45 de la Décision sur la Correction du 6 octobre 2017.
163. La Défenderesse a fait essentiellement valoir que Mme Coral Pey Grebe n'était pas partie à la Procédure de Nouvel Examen (car l'article 52 de la Convention CIRDI dispose que seules les parties à l'arbitrage initial et à la Procédure en annulation peuvent soumettre à nouveau le différend au nouveau tribunal) et que, en tout état de cause, le Tribunal de Nouvel Examen n'était compétent ni *ratione materiae* ni *ratione personae* à son égard²⁵. Sur le fond, la Défenderesse a contesté les calculs et les quantifications des dommages-intérêts présentés par les Demanderesses et leur expert, a soutenu que les Demanderesses n'avaient pas satisfait à la charge qui leur incombait de prouver les dommages subis par elles, et a objecté à la recevabilité de plusieurs des demandes des Demanderesses²⁶. Par conséquent, la Défenderesse a demandé le rejet des demandes des Demanderesses et leur condamnation à payer les frais et dépens²⁷.

²¹ Sentence après Nouvel Examen, paras. 43-48.

²² Sentence après Nouvel Examen, paras. 49-52.

²³ Sentence après Nouvel Examen, paras. 53-119.

²⁴ Sentence après Nouvel Examen, paras. 120-122.

²⁵ Sentence après Nouvel Examen, paras. 123-130.

²⁶ Sentence après Nouvel Examen, paras. 131-167.

²⁷ Sentence après Nouvel Examen, paras. 168-170.

164. Dans la Procédure de Nouvel Examen, les Parties ont longuement débattu de l'étendue du mandat du Tribunal de Nouvel Examen au regard de l'effet éventuel de l'autorité de la chose jugée des parties non annulées de la Sentence Initiale.

165. Dans sa Sentence après Nouvel Examen, le Tribunal de Nouvel Examen a décidé :

(1) que Mme Coral Pey Grebe ne peut pas être considérée comme une demanderesse en son nom propre dans la présente procédure de nouvel examen ;

(2) que, comme cela a déjà été indiqué par le Tribunal Initial, sa reconnaissance formelle des droits des Demanderesses et du déni de justice dont elles ont été victimes constitue en soi une forme de satisfaction au regard du droit international au titre de la violation par la Défenderesse de l'article 4 du TBI ;

(3) que les Demanderesses, sur lesquelles pesait la charge de la preuve, n'ont pas démontré de préjudice quantifiable qui leur aurait été causé par la violation de l'article 4 constatée par le Tribunal Initial dans sa Sentence ;

(4) que le Tribunal ne peut donc pas octroyer aux Demanderesses de compensation financière à ce titre ;

(5) que la demande subsidiaire des Demanderesses sur la base de l'enrichissement sans cause est sans fondement juridique ;

(6) qu'il n'existe dans les circonstances de l'espèce aucun motif justifiant d'octroyer des dommages-intérêts au titre d'un préjudice moral, ni à M. Pey Casado, ni à la Fondation ;

(7) que les frais d'arbitrage de la présente procédure de nouvel examen seront partagés dans la proportion de trois quarts à la charge des Demanderesses et d'un quart à la charge de la Défenderesse, dont il résulte que les Demanderesses devront rembourser à la Défenderesse la somme de 159.509,43 USD ;

(8) que toutes les autres demandes sont rejetées²⁸.

²⁸ Sentence après Nouvel Examen, para. 256 (notes de bas de page omises).

166. Dans la Décision sur la Correction du 6 octobre 2017, le Tribunal de Nouvel Examen a décidé que :

(a) les paragraphes 61, 66 et 198 et le paragraphe 2 du dispositif de la Sentence après Nouvel Examen sont corrigés comme indiqué dans les paragraphes 52, 53, 54 et 55 ci-dessus ;

(b) les frais exposés par le Centre dans le cadre de la présente Procédure de Correction, y compris les frais liés aux demandes en récusation de Sir Franklin Berman et M. Veeder présentées à cette occasion, seront à la charge des Demanderesses, qui devront donc rembourser à la Défenderesse le montant de 22.963,36 USD, en sus du montant indiqué au paragraphe 255 de la Sentence après Nouvel Examen. Le Tribunal ne rendra pas d'autre décision en ce qui concerne les frais²⁹.

IV. LES DÉCISIONS SOLLICITÉES PAR LES PARTIES DANS LA PROCÉDURE EN ANNULATION

A. LES DÉCISIONS SOLLICITÉES PAR LES DEMANDERESSES

167. Dans leur Mémoire et leur Réplique sur l'Annulation, les Demanderesses demandent au Comité :

(1) D'accepter le présent Mémoire et ses pièces annexes, proposé en annulation

i. de la totalité de la Sentence en resoumission communiqué le 13 septembre 2016, pour les motifs établis à l'article 52(1) de la Convention, lettres (a), (b), (d) et (e), de la Convention du CIRDI, en ce compris

ii. l'annulation des §§ 58, 61 et 62(b) de la Décision du 6 octobre 2017, pour les motifs des lettres (b), (d) et (e) de l'article 52(1) de la Convention ;

2. De condamner le moment venu la République du Chili à supporter les coûts de la présente procédure d'annulation,

²⁹ Décision sur la Correction, para. 62.

des incidents – dont celui survenu les 12, 15 et 16 février 2018 – y compris les frais et honoraires des membres du Comité *ad hoc*, les frais pour utilisations des installations du CIRDI, les frais de traduction, ainsi que les frais et honoraires professionnels des parties Demanderesses, des avocats, experts et/ou autres personnes appelées à comparaître devant le Comité *ad hoc*, et à payer les sommes conformes à toutes autres condamnations que le Comité *ad hoc* estimerait justes et équitables, avec intérêts composés ;

3. De prendre toute autre résolution qu'il jugerait juste et équitable dans les circonstances du cas d'espèce³⁰.

168. Dans la Demande Complémentaire, les Demanderesses demandent que :

[A]fin de préserver l'intégrité et l'équité de la procédure, et vu la nature et la gravité du comportement de l'État Défendeur les 12, 15 et 16 février 2018, sa mauvaise foi caractérisée, la non rectification par la représentation du Chili de ce comportement, mais tout au contraire, son amplification délibérée, le Comité *ad hoc* exerce ses pouvoirs et que, conformément à la Règle 26 de l'IBA relative à la représentation des parties :

(a) qu'il tire les conclusions qui s'imposent dans son appréciation raisonnable de la preuve de nature judiciaire produite quant à l'évaluation du fait que, contre cette évidence, le Chili a présenté les 12, 15 et 16 février 2018 la référence faite par les Demanderesses dans leurs écritures comme une imposture et, à cette fin explicitement péjorative, l'injonction du 24 juillet 2017 du 28^{ème} Tribunal civil de Santiago comme étant *vacated* depuis le mois d'octobre 2017 ;

(b) qu'il tire les inférences négatives qui s'imposent de ce que le représentant du Chili ait tenté, avec une effronterie consommée, de faire croire au Comité *ad hoc*, sans aucun fondement et contre toute évidence, que la représentation des Demanderesses aurait pu manquer à l'éthique

³⁰ Mémoire sur l'Annulation, para. 759; Réplique sur l'Annulation, Section 13 (notes de bas de page omises) ; Requête en Annulation, para. 288 ; Mémoire sur les Coûts des Demanderesses, pp. 11 et 12 (qui précise que les Demanderesses demandent également l'annulation du paragraphe 7 (sur les coûts) de la Sentence après Nouvel Examen). Par souci d'exhaustivité, le Comité considère que la demande en annulation de l'intégralité de la Sentence après Nouvel Examen présentée par les Demanderesses s'étend aux demandes en annulation de paragraphes spécifiques de la Sentence mentionnées dans leurs mémoires.

professionnelle en questionnant sans ambages l'inexactitude de ladite communication du 12 février 2018 soumise par le Défendeur, et que de tels prétendus manquements seraient pléthores, et avérés, depuis le début de l'arbitrage, sans qu'il en soit rien ;

(c) qu'il sanctionne le comportement de l'État du Chili lors de ses communications des 12 et 15 février 2018 et à l'audience du lendemain en introduisant et soutenant, de manière réitérée, des faits inexacts et portant atteinte à l'honneur et à l'intégrité professionnelle des Demanderesses, jusqu'au point de porter le Comité *ad hoc* à prévenir, après délibération, qu'il était prêt à prendre des mesures également à l'encontre de celles-ci en vertu de l'article 44 de la Convention, et à encourager un de leurs conseils à rectifier, à la demande du Chili, une déclaration pleinement fondée, émise dans un cercle de débats publics ;

(d) mise en garde à laquelle les Demanderesses affirment, en toute conscience, ne s'être jamais exposées ni aujourd'hui ni par le passé, effet exclusif de la double imposture à la faveur de laquelle l'État Défendeur les 12, 15 et 16 février leur a attribué ses propres qualités devant ce Comité *ad hoc*, qui caractérisent plus de vingt ans du présent arbitrage [...] ;

(e) qu'il prenne en compte ces faits dans la répartition des coûts de l'arbitrage, en indiquant au besoin comment et dans quelle mesure ils ont conduit le Comité à une répartition différente de ces coûts ;

(f) qu'il prenne toute autre mesure appropriée afin de préserver l'équité et l'intégrité de la procédure.³¹

B. LES DÉCISIONS SOLLICITÉES PAR LA DÉFENDERESSE

169. Dans son Contre-Mémoire et sa Duplique sur l'Annulation, la Défenderesse demande au Comité de :

a. [R]eject Claimants' annulment request, in its entirety;

b. [O]rder Claimants to cover the costs of the Annulment Proceeding in their entirety; and

³¹ Demande Complémentaire, para. 21.

c. [O]rder Claimants to reimburse Chile for the full amount of its legal fees and expenses (with interest thereon, at a rate of six-month LIBOR plus 2% per annum, starting from the date of the Committee's decision and until the date of payment)³².

V. DÉCISION RELATIVE À LA DEMANDE COMPLÉMENTAIRE

170. Outre leurs demandes en annulation de la Sentence après Nouvel Examen, les Demanderesses ont soumis une requête en date du 27 avril 2018, réitérée dans leur Réplique du 9 novembre 2018³³, dans laquelle elles demandent au Comité *ad hoc* de préserver l'intégrité et l'équité de la procédure en sanctionnant la Défenderesse au titre d'un comportement prétendument de mauvaise foi et frauduleux dans la conduite de l'affaire. Les Demanderesses soutiennent qu'elles ont mis au jour un « *modus operandi* », selon lequel la Défenderesse présente des faits inexacts et faux « en vue de frustrer l'arbitrage » en général, et, en particulier d'inciter le Comité, en premier lieu, à croire que les Demanderesses ont agi contrairement aux règles de déontologie professionnelle et, en second lieu, à tirer des conclusions erronées en ce qui concerne l'issue de l'affaire³⁴.
171. Les Demanderesses soutiennent que la Défenderesse a employé ce *modus operandi* de manière systématique, mais se réfèrent explicitement à son affirmation prétendument fautive selon laquelle les tribunaux du Chili ont classé sans suite (« *vacated* ») la demande de production de documents formulée par les Demanderesses, alors que, en réalité, la demande était encore pendante devant les tribunaux chiliens. Ces informations prétendument fausses devaient tromper le Comité avant sa propre décision sur la demande

³² Duplique sur l'Annulation, para. 142. Dans son Contre-Mémoire sur l'Annulation, la Défenderesse a également demandé des intérêts sur le coût de la procédure (à savoir, à l'alinéa b., elle a demandé « *that the Committee order Claimants to cover the costs of the present annulment proceeding, in their entirety (with interest thereon, at a rate of six-month LIBOR plus 2% per annum, starting from the date of the Committee's decision and until the date of payment)* »).

³³ Réplique sur l'Annulation, paras. 506-518.

³⁴ Demande Complémentaire, pp. 7, 18, 19 ; Réplique sur l'Annulation, para. 506.

de production de documents soumise par les Demanderesses relative aux rapports professionnels entre le Chili et les Essex Court Chambers³⁵.

172. Les Demanderesses demandent au Comité de constater formellement que les assertions de la Défenderesse étaient frauduleuses, de faire les inférences négatives qui en découlent, de déclarer que la conduite des Demanderesses était correcte sur le plan professionnel, de prendre cet incident en considération dans sa décision sur les coûts et de prendre toutes mesures appropriées afin de garantir l'intégrité et l'équité de la procédure³⁶.
173. La Défenderesse réfute ces accusations et insiste sur le fait que sa présentation était exacte et que « [i]t is [the Applicants] themselves who misled the Committee, by asserting – falsely – that Chile was in violation of a court-ordered obligation to produce documents to [the Applicants] »³⁷.
174. La Défenderesse soutient en outre que ce n'est pas le seul incident où les Demanderesses « accuse us of lying when they have been misrepresenting this issue for ten years ». La Défenderesse fait référence à un jugement d'un tribunal chilien³⁸ qui – selon les Demanderesses – a déclaré d'office la nullité du Décret n° 165 du 10 février 1975 (le « **Décret n° 165** »)³⁹, alors que, en réalité, le tribunal avait donné effet à ce Décret⁴⁰.
175. La Défenderesse soutient que « we never said that the proceeding was vacated. We said the particular court order was vacated »⁴¹.

³⁵ Demande Complémentaire, pp. 9 ss. ; Réplique sur l'Annulation, paras. 510 ss.

³⁶ Demande Complémentaire, paras. 20-21.

³⁷ Contre-Mémoire sur l'Annulation, para. 415.

³⁸ Visé dans la Pièce C-282.

³⁹ Mémoire sur l'Annulation, para. 697.

⁴⁰ Tr. Jour 2 (13 mars 2019), pp. 72-73 ; Tr. Jour 3 (14 mars 2019), p. 788-789 (version anglaise).

⁴¹ Transcription en anglais de la Première Session du 16 février 2018, p. 135.

176. La Défenderesse soutient en outre que, au moment de l'audience, l'affaire était encore pendante devant les tribunaux chiliens et que, par conséquent, elle n'a encore aucune obligation au Chili de produire des documents⁴².
177. La Défenderesse demande au Comité d'ordonner aux Demanderesses de « *cease and desist from their accusations* » et « *to take this whole deplorable episode into account at the time of awarding costs and legal fees* »⁴³.
178. Le Comité a soigneusement étudié les écritures des Parties relatives à la procédure chilienne et en particulier le Deuxième Mémoire sur les Questions Préliminaires présenté par la Défenderesse, en date du 12 février 2018, qui est au centre du présent litige. Ce mémoire relève que, bien que les Demanderesses semblent soutenir que l'intervention du Comité est « *necessary to give effect to a Chilean court order* », « *the court order in question was vacated on procedural grounds [...] and the Chilean courts currently are reviewing Claimants' assertion* »⁴⁴. Le texte précise clairement, ce que confirme en outre le contexte, que la Défenderesse a seulement dit que le jugement spécifique avait été annulé, et non l'ensemble de la procédure.
179. Le Comité ne considère pas que cette affirmation soit trompeuse. En tout état de cause, il n'a pas été trompé et a bien compris que l'annulation (« *vacation* ») d'un jugement n'avait pas mis fin à la procédure devant les tribunaux chiliens en ce qui concerne la production de documents.
180. En ce qui concerne l'autre exemple controversé cité par les deux Parties, à savoir le jugement de la Première Chambre civile de Santiago, le Comité a conclu que le juge avait discuté la question de la nullité absolue du Décret n° 165 et une éventuelle imprescriptibilité des demandes fondées sur une confiscation au conditionnel. Le juge est arrivé à la conclusion, à l'issue d'un raisonnement détaillé, que la demande en restitution

⁴² Contre-Mémoire sur l'Annulation, para. 418(d).

⁴³ Contre-Mémoire sur l'Annulation, para. 419.

⁴⁴ Deuxième Mémoire sur les Questions Préliminaires du Chili, 12 février 2018, para. 13.

de la rotative Goss présentée par M. Pey Casado était prescrite au bout de 20 ans. Elle a ainsi confirmé que le Décret n° 165 n'avait pas été privé d'effet au regard du droit chilien⁴⁵.

181. Une analyse soigneuse du jugement conduit à la conclusion que la référence qu'y font les Demanderesses n'est pas correcte. En même temps, le Comité n'a pas été trompé car les Demanderesses avaient soumis le jugement comme pièce et ainsi permis une appréciation adéquate.
182. Les deux Parties ont présenté leurs arguments avec vigueur et passion et ont parfois avancé des spéculations infondées sur l'état d'esprit et la motivation de l'autre Partie. Le Comité n'a aucune raison de considérer que les Parties n'ont pas cru en la véracité de ces spéculations. Quoi qu'il en soit, le Comité ne participe pas à ces spéculations et n'en tire aucune conclusion. Ce que peut dire le Comité avec certitude, c'est qu'elles n'ont pas influencé sa décision, ni ne l'ont conduit à supposer que l'une ou l'autre des Parties s'est comportée de manière non professionnelle ou de mauvaise foi. En outre, les deux Parties ont contribué à une procédure normale et constructive.
183. Pour ces motifs, le Comité estime que l'intégrité de la procédure a été préservée et rejette les demandes des Parties en relation avec la Demande Complémentaire des Demanderesses.

VI. NORMES JURIDIQUES

184. Le Premier Comité a consacré un chapitre complet aux normes juridiques des trois motifs d'annulation qui avaient été invoqués par la Défenderesse, à savoir un excès de pouvoir manifeste, une inobservation grave d'une règle fondamentale de procédure et un défaut de motifs⁴⁶.

⁴⁵ Jugement de la Première Chambre civile de Santiago, 28 juillet 2008, sous « quinzèment » et « seizèment » (C-282).

⁴⁶ Décision Initiale sur l'Annulation, paras. 63-87.

185. Les deux Parties se sont appropriées la décision du Premier Comité et elles s’y réfèrent à plusieurs reprises d’une manière positive⁴⁷. Elles se sont abstenues de reproduire tel quel le contenu de traités et de la documentation existante et elles ont centré leur présentation sur quelques principes essentiels, largement acceptés et non contestés afin d’établir le cadre juridique de la présente Procédure en annulation, même en ce qui concerne le quatrième motif d’annulation, qui n’a pas été invoqué au cours de la Première Procédure en annulation, à savoir un vice dans la constitution du tribunal.
186. Le Comité partage l’approche des Parties, d’autant plus qu’il souscrit à l’analyse du Premier Comité, que la Défenderesse résume en ces termes :

With respect to “[t]he ground for annulment for manifest excess of powers,” the First Committee stated that “this ground is meant to ensure, inter alia, that tribunals do not exceed their jurisdiction or fail to apply the law agreed upon by the parties.” To justify annulment, “[a] tribunal (1) must do something in excess of its powers and (2) that excess must be ‘manifest.’ It is a dual requirement.” The phrase “excess of powers” would include an “inappropriate [] exercis[e] of jurisdiction (or failure to exercise jurisdiction); and [a] fail[ure] to apply the proper law.” Nevertheless, “there is an important distinction between a failure to apply the proper law [,] which is a ground for annulment, and an incorrect or erroneous application of that law, which is not a ground for annulment.” For its part, the term “manifest” means “sufficiently clear and serious.” If the tribunal’s conclusions “seem tenable and not arbitrary, they do not constitute [a] manifest excess of powers”

*Regarding the second ground for annulment — “that there has been a serious departure from [a] fundamental rule[] of procedure” — the First Committee “agree[d] with Chile that this ground involves a three-part test: (i) the procedural rule must be fundamental; (ii) the Tribunal must have departed from it; and (iii) the departure must have been serious.” The **first** part of the test requires identification of “procedural rules that are essential to the integrity of the arbitral process and must be observed by all ICSID tribunals. The parties agree that such rules include the right to be heard, the fair*

⁴⁷ Cf., par exemple : Réplique sur l’Annulation, paras. 62, 111 ; Contre-Mémoire sur l’Annulation, paras. 147-150.

*and equitable treatment of the parties, proper allocation of the burden of proof and absence of bias.” The **second** part (i.e., the “departure” prong) “requires that the Committee examine the full record, including the Transcripts and the Award [,] to determine whether or not the Tribunal violated the rule in question.” The **third** part of the test — the “seriousness” prong — requires “that the applicant must demonstrate ‘the impact that the issue may have had on the award.’” The committee must “enquire whether, if the rule had been observed, there is a distinct possibility (a ‘chance’) that it may have made a difference on a critical issue.”*

The First Committee also stated that, in addition to the above three prongs, there is a fourth, waiver-related issue to consider: “Pursuant to ICSID Arbitration Rules 27 and 53, a party may lose its right to object on the ground of a serious departure from a fundamental rule of procedure if it has failed to raise its objection to the tribunal’s procedure upon becoming aware of it, or ‘promptly’ as mentioned in Rule 27.”

With respect to the issue of “failure to state reasons,” the First Committee endorsed the statement of the Vivendi I committee to the effect that “‘Article 52(1)(e) [of the Convention] concerns a failure to state any reasons with respect to all or part of an award, not the failure to state correct or convincing reasons.’” So long as “‘the reasons given by a tribunal can be followed and relate to the issues that were before the tribunal, their correctness is beside the point in terms of Article 52(1)(e).’” Further, “‘reasons may be stated succinctly or at length, and different legal traditions differ in their modes of expressing reasons. Tribunals must be allowed a degree of discretion as to the way in which they express their reasoning.’” At bottom, the “[First] Committee believe[d] that as long as there is no express rationale for the conclusions with respect to a pivotal or outcome-determinative point, an annulment must follow, whether the lack of rationale is due to a complete absence of reasons or the result of frivolous or contradictory explanations.”⁴⁸

⁴⁸ Contre-Mémoire sur l’Annulation, paras. 147-150 (notes de bas de page omises ; crochets dans l’original; caractères gras dans l’original).

Le résumé proposé par la Défenderesse représente également sa position.

187. Les Parties non seulement partagent l'analyse du Premier Comité, mais elles sont également d'accord sur le fait que la procédure en annulation ne doit pas être assimilée à un appel, ce qui ressort à l'évidence des termes clairs de l'article 53(1) de la Convention CIRDI⁴⁹.
188. Au-delà de ces principes fondamentaux, les Parties ont abordé les nuances suivantes.
189. En ce qui concerne (le vice dans) la constitution du tribunal (article 52(1)(a) de la Convention CIRDI), les Demanderesses⁵⁰ souscrivent à la *Note d'information du Secrétariat du CIRDI relative à l'annulation*, qui explique que le motif était

[D]estiné à répondre à des situations telles qu'une violation de la convention des parties sur la méthode de constitution du Tribunal ou à un non-respect par un arbitre des conditions en matière de nationalité ou des autres conditions requises pour devenir membre du Tribunal⁵¹,

ainsi qu'au commentaire du Professeur Schreuer, qui relève que

[Q]uestions concerning the tribunal's proper constitution might arise from dissatisfaction in the manner in which challenges to arbitrators and alleged conflicts of interest have been handled. [...] Appointment of an arbitrator who manifestly does not possess these qualities [as required by Art. 14(1) Convention] may be put forward as a ground for annulment⁵².

190. La Défenderesse n'est pas en désaccord avec ces citations, mais elle souligne que l'article 52(1)(a) porte sur la constitution et non la composition du tribunal⁵³.

⁴⁹ Mémoire sur l'Annulation, paras. 26-28 ; Contre-Mémoire sur l'Annulation, paras. 267-272 ; voir aussi Décision Initiale sur l'Annulation, paras. 87-88.

⁵⁰ Mémoire sur l'Annulation, paras. 31-35.

⁵¹ Secrétariat du CIRDI, *Note d'information mise à jour relative à l'annulation à l'attention du Conseil administratif du CIRDI*, 5 mai 2016, para. 77.

⁵² Christoph H. Schreuer, *The ICSID Convention – A Commentary* (2^{ème} éd.), Cambridge University Press 2009, Article 52, para. 122 (RALA-0006).

⁵³ Duplique sur l'Annulation, paras. 38-40.

191. Le Comité partage les avis qui ont été cités. La distinction entre constitution et composition doit être établie dans les circonstances concrètes de l'espèce.
192. En ce qui concerne un excès de pouvoir manifeste (article 52(1)(b) de la Convention CIRDI), les Demanderesses⁵⁴ développent l'analyse du Premier Comité en citant des décisions antérieures de comités *ad hoc*, telles que *Venezuela Holdings c. Venezuela*, qui a conclu que l'article 52(1)(b) « *covers the case where a tribunal exercises a judicial power which on a proper analysis had not been conferred on it (or vice versa declines to exercise a jurisdiction which it did possess)* »⁵⁵. Les Demanderesse soutiennent en outre que pour qu'un excès de pouvoir soit manifeste, il doit être à la fois « évident » et « grave ».⁵⁶
193. Les Demanderesses soutiennent qu'un tribunal commet un excès de pouvoir manifeste « en s'élevant contre l'autorité de la chose jugée »⁵⁷. L'article 55(3) du Règlement d'arbitrage du CIRDI dispose sans équivoque que le « nouveau Tribunal ne procède pas à un nouvel examen de toute partie non annulée de la sentence ».
194. Les Demanderesses s'appuient sur *Amco c. Indonésie (II)*, dans laquelle le comité a conclu que :
- “If the original award had only been annulled in part, the new Tribunal shall not reconsider any portion of the award not so annulled.” If a new Tribunal reconsiders an issue not annulled, it exceeds its power*⁵⁸.
195. Les Demanderesses se réfèrent également au Tribunal de Nouvel Examen en l'espèce, qui a conclu que si le Tribunal prétendait examiner de nouveau certaines questions ne pouvant

⁵⁴ Requête en Annulation, para. 254 ; Mémoire sur l'Annulation, paras. 38-57.

⁵⁵ *Venezuela Holdings, B.V., et al v. République bolivarienne du Venezuela*, Affaire CIRDI ARB/07/27 (« *Venezuela Holdings c. Venezuela* »), Décision sur l'Annulation, 9 mars 2017, para. 110 (CL-306).

⁵⁶ Mémoire sur l'Annulation, paras. 50-57.

⁵⁷ Mémoire sur l'Annulation, paras. 45, 269-289.

⁵⁸ *Amco Asia Corporation et autres c. République d'Indonésie* Affaire CIRDI ARB/81/1 (« *Amco c. Indonésie (II)* »), Décision sur l'Annulation, 17 décembre 1992, para. 8.07 (CL-308).

pas être remises en cause « pour avoir fait l’objet d’une décision définitive ayant ‘autorité de la chose jugée’ », « il excèderait manifestement sa propre compétence »⁵⁹.

196. Les Demanderesses conviennent qu’une mauvaise application, une mauvaise interprétation ou une application erronée du droit ne constitue pas normalement une non-application du droit applicable. Elles soutiennent toutefois qu’en cas d’erreur flagrante – comme cela a été relevé dans *Lahoud c. Congo* – « une telle mauvaise application est d’une telle nature ou ampleur qu’elle équivaut objectivement [...] à une non-application »⁶⁰.
197. La Défenderesse fait observer que, contrairement à un défaut d’application du droit applicable, une application incorrecte ou erronée de ce droit ne constitue pas un motif d’annulation⁶¹. En outre, la nature manifeste de l’excès de pouvoir ne s’apprécie pas par référence à la gravité de l’excès ou à la nature fondamentale de la règle qui a été violée, mais à la facilité avec laquelle il est perçu. Pour qu’un excès de pouvoir soit « manifeste », il doit être perçu par le Comité sans une analyse complexe. Par conséquent, les prétendues « contorsions » des Demanderesses sont *ipso facto* un signe de l’absence d’un excès de pouvoir « manifeste »⁶². Lorsque les conclusions d’un tribunal semblent tenables et non arbitraires, elles ne constituent pas un excès de pouvoir⁶³.
198. Le Comité est d’accord sur le fait qu’une « inapplication la plus absolue » du droit devant être appliqué dans les circonstances de l’espèce répond aux conditions d’un excès de pouvoir⁶⁴. Le Comité reconnaît également qu’un excès de pouvoir qui, selon les termes de *Soufraki c. UAE*,⁶⁵ est « *textually obvious and substantively serious* » est « manifeste »⁶⁶,

⁵⁹ Sentence après Nouvel Examen, paras. 176, 178.

⁶⁰ *Antoine Abou Lahoud et Leila Bounafeh-Abou Lahoud c. République démocratique du Congo*, Affaire CIRDI ARB/10/4, Décision sur la Demande en annulation de la République démocratique du Congo, 29 mars 2016, para. 121 (CL-304).

⁶¹ Contre-Mémoire sur l’Annulation, para. 147.

⁶² Duplique sur l’Annulation, para. 10.

⁶³ Contre-Mémoire sur l’Annulation, para. 147.

⁶⁴ Mémoire sur l’Annulation, paras. 47-48.

⁶⁵ *Hussein Nuaman Soufraki c. Émirats arabes unis*, Affaire CIRDI ARB/02/7 (« *Soufraki c. ÉAU* »), Décision du Comité *ad hoc* sur la Requête en annulation de M. Soufraki, 5 juin 2007, para. 40 (CL-305).

⁶⁶ Mémoire sur l’Annulation, paras. 53, 56 ; Réplique sur l’Annulation, paras. 318-319.

tandis que, inversement, l'excès allégué qui est difficile à percevoir même avec un certain degré d'analyse, ou qui n'a pas d'effet substantiellement grave, n'est pas « manifeste ».

199. En ce qui concerne une inobservation grave d'une règle fondamentale de procédure (article 52(1)(d) de la Convention CIRDI), les Demanderesses développent à juste titre les conclusions du Premier Comité en précisant que « grave » et « fondamentale » sont des exigences cumulatives, de telle sorte que « l'inobservation grave d'une simple règle de procédure ne pourra conduire à l'annulation de la sentence, de même que la simple inobservation d'une règle fondamentale de procédure »⁶⁷.
200. Elles soutiennent que les règles fondamentales de procédure doivent être respectées et, en particulier, « l'exigence d'indépendance et d'impartialité d'un tribunal, le principe d'égalité de traitement des parties, le droit à être entendu, ou encore le traitement des éléments de preuve ou de la charge de la preuve »⁶⁸.
201. Au soutien de leurs principales prétentions, les Demanderesses précisent⁶⁹ que – comme l'a relevé le comité ad hoc dans *Klöckner c. Cameroun* – l'« *[i]mpartiality of an arbitrator is a fundamental and essential requirement [...] any sign of partiality must be considered [...] 'a serious departure from a fundamental rule of procedure'* »⁷⁰, de même que la conduite du tribunal selon laquelle il pourrait faire semblant d'écouter les arguments et les éléments de preuve produits par les parties mais ne les prend pas sérieusement en considération⁷¹.

⁶⁷ Mémoire sur l'Annulation, para. 60.

⁶⁸ Mémoire sur l'Annulation, paras. 648-650 ; les Demanderesses se fondent sur *SAUR International SA c. République argentine*, Affaire CIRDI ARB/04/4, Décision relative à la Demande d'annulation de la République argentine, 19 décembre 2016, para. 182.

⁶⁹ Mémoire sur l'Annulation, paras. 61-63, 648-653.

⁷⁰ *Klöckner Industrie-Anlagen GmbH and others c. République Unie du Cameroun et Société Camerounaise des Engrais*, Affaire CIRDI ARB/81/2 (« *Klöckner c. Cameroun* »), Décision sur l'Annulation, 3 mai 1985, para. 95 (C-7).

⁷¹ Réplique sur l'Annulation, paras. 210-218.

202. Enfin, les Demanderesses s’alignent sur la jurisprudence telle qu’elle a été résumée dans *CDC c. Seychelles*, selon laquelle une inobservation d’une règle fondamentale de procédure est grave

[W]here it is “substantial and [is] such as to deprive the party of the benefit or protection which the rule was intended to provide.” In other words, “the violation of such a rule must have caused the Tribunal to reach a result substantially different from what it would have awarded had the rule been observed.”⁷²

203. Le Comité accepte les arguments des Demanderesses, qui ne sont pas contestés par la Défenderesse, sur le principe, en étant conscient que leur application aux faits pourra nécessiter certains ajustements.

204. En ce qui concerne un défaut de motifs (article 52(1)(e) de la Convention CIRDI), les Demanderesses suivent la position du Premier Comité, après avoir procédé à une analyse de décisions sur l’annulation en partie controversées concernant le « degré de contrôle de la motivation de la sentence »⁷³. Elles posent des principes⁷⁴, que le Comité approuve, selon lesquels :

- le comité « *has to verify the existence of reasons as well as their sufficiency – that they are adequate and sufficient reasonably to bring about the result reached by the Tribunal – but it cannot look into their correctness* »⁷⁵ ;
- les motifs ne doivent pas être frivoles ou véritablement contradictoires, la contradiction devant être suffisamment sérieuse pour « *vitiate the Tribunal’s reasoning [...] as a whole* »⁷⁶.

⁷² *CDC Group c. République des Seychelles*, Affaire CIRDI ARB/02/14 (« *CDC c. Seychelles* »), Décision du Comité *ad hoc* sur la Demande en Annulation de la République des Seychelles, 29 juin 2005, para. 49 (CL-263).

⁷³ Mémoire sur l’Annulation, paras. 75-81.

⁷⁴ Mémoire sur l’Annulation, paras. 80-85.

⁷⁵ *Soufraki c. ÉAU*, Affaire CIRDI ARB/02/7, Décision du Comité *ad hoc* sur la Requête en annulation de M. Soufraki, 5 juin 2007, para. 131 (CL-305).

⁷⁶ *Venezuela Holdings c. Venezuela*, Décision sur l’Annulation, 9 mars 2017, para. 119 (CL-306).

205. Le Comité est conscient de son rôle limité, qui consiste à protéger la probité et l'intégrité de la procédure ; il n'est pas une cour d'appel. Il n'est pas habilité à juger que le raisonnement du Tribunal est défaillant, superficiel ou faux, et les incohérences entre différentes parties de la Sentence après Nouvel Examen ne constituent pas un défaut de motifs, à moins que la contradiction entre deux arguments soit telle qu'ils se neutralisent l'un l'autre ou « *cancel each other out* »⁷⁷.
206. Enfin, les Demanderesses soutiennent que, étant donné la gravité des violations répétées par le Tribunal de Nouvel Examen de l'intégrité et de la probité du système du CIRDI, le Comité n'a pas d'autre choix que d'annuler la Sentence après Nouvel Examen.
207. La Défenderesse est en désaccord et affirme⁷⁸ – en citant *CDC c. Seychelles* – que « *a Committee has discretion not to annul an Award even where a ground for annulment under Article 52(1) is found to exist* »⁷⁹. Selon la Défenderesse, cette conclusion découle de l'article 52(3) de la Convention CIRDI, qui dispose que le comité ad hoc « est habilité » à annuler la sentence, mais il n'a aucune obligation de le faire.
208. La Défenderesse est consciente que l'exercice du pouvoir de ne pas annuler une sentence a des limites, comme cela a été indiqué dans l'affaire *CEAC c. Montenegro*, dans laquelle le comité a décidé que le pouvoir discrétionnaire :

*[I]s by no means unlimited and must take account of all relevant circumstances, including the gravity of the circumstances which constitute the ground for annulment and whether they had – or could have had – a material effect upon the outcome of the case, as well as the importance of the finality of the award and the overall question of fairness to both Parties*⁸⁰.

⁷⁷ *Klöckner c. Cameroun*, Décision sur l'Annulation, 3 mai 1985, para. 116 (C-7) ; *TECO Guatemala Holdings c. République du Guatemala*, Affaire CIRDI ARB/10/23 (« *TECO c. Guatemala* »), Décision sur l'Annulation, 5 avril 2016, para. 250 (CL-316).

⁷⁸ Duplique sur l'Annulation, para. 11.

⁷⁹ *CDC c. Seychelles*, Décision du Comité ad hoc sur la Demande en annulation de la République des Seychelles, 29 juin 2005, para. 37 (CL-263).

⁸⁰ *CEAC Holding Limited c. Monténégro*, Affaire CIRDI ARB/14/08, Décision sur l'Annulation, 1^{er} mai 2018, para. 84 (RALA-0052).

209. Toutefois, la Défenderesse insiste sur le fait que les circonstances de l'espèce justifient de confirmer la Sentence après Nouvel Examen. Elle souligne que les Demanderesses ont engagé cette instance de mauvaise foi, qu'elles n'ont jamais satisfait à la charge de la preuve des dommages qui leur incombait, ont rejeté les efforts du Chili pour indemniser le préjudice subi pendant la dictature militaire et ont manœuvré pour maintenir le différend en vie pendant plus de 20 ans⁸¹.
210. Le Comité partage la position adoptée par le comité dans *CEAC*, qui est elle-même conforme à la jurisprudence bien établie⁸² selon laquelle les comités ne doivent pas automatiquement annuler une sentence en présence de l'un des motifs d'annulation, mais doivent exercer leur pouvoir en évaluant, en particulier, la gravité des circonstances constitutives du motif d'annulation et en examinant si celles-ci ont eu – ou auraient pu avoir – un effet important sur l'issue de l'affaire. Comme l'a relevé le Professeur Schreuer, l'annulation devrait être « *contingent not only upon the presence of one of the defects listed in Article 52(1) but also upon its material impact on one or both parties* »⁸³. Il en résulte que la simple durée de la procédure ne peut pas être considérée comme un critère, en particulier lorsque les deux parties partagent la responsabilité des retards, pas plus que le succès relatif de l'une ou de l'autre partie au cours des étapes antérieures.
211. Le Comité poursuivra en gardant ces considérations à l'esprit.

VII. MOTIFS D'ANNULATION

A. CONSIDÉRATIONS INITIALES

(1) Le contexte du litige et les raisons du Tribunal de Nouvel Examen

212. Après l'effondrement de la dictature militaire et le rétablissement de la démocratie au Chili, M. Pey Casado, ressortissant espagnol, est revenu au Chili, sa deuxième patrie, dont il avait

⁸¹ Duplique sur l'Annulation, paras. 123-130 ; Tr. Jour 2 (13 mars 2019), pp. 4-5.

⁸² Pour une vue d'ensemble de l'évolution de la jurisprudence, cf. Christoph H. Schreuer, *The ICSID Convention – A Commentary* (2^{ème} éd.), Cambridge University Press 2009, Article 52, para. 466-485 (RALA-0006).

⁸³ Christoph H. Schreuer, *op. cit.*, para. 485 (RALA-0006).

été expulsé par la force au début de la dictature. Il a demandé réparation au titre du préjudice et de l'injustice qu'il avait subis, en s'adressant au gouvernement chilien et aux tribunaux chiliens et en recourant à l'arbitrage international. Ces multiples démarches, si compréhensibles et légitimes soient-elles, ne sont manifestement pas synchronisées. Cela a nécessairement contribué à la complexité de l'affaire.

213. Dans la présente section, le Comité exposera le contexte et les questions essentielles que soulève le différend, telles qu'il les voit. Elles sont liées à la spécificité et à la complexité de l'affaire, qui influent sur la structure des demandes en annulation et les moyens de défense qui y sont opposés, et qui se sont manifestées tout au long de l'instance. Le cas échéant, il rendra d'abord des décisions sur les demandes en annulation.
214. Dans leur plaidoirie de clôture lors de l'Audience sur l'Annulation, le 14 mars 2019, les Demanderesses ont expliqué les raisons de leur persévérance dans le différend en insistant sur le fait qu'il est du devoir juridique et moral de toute personne ayant subi un préjudice de lutter pour ses droits subjectifs et de défendre ceux-ci et par là même une justice objective contre vents et marées, et que, ce faisant, elles « défend[ent] également l'intérêt collectif du droit international, du droit en général »⁸⁴.
215. Elles soutiennent que le coup d'état militaire mené par Augusto Pinochet en 1973 et la dictature qui s'en est suivie, qui a pris fin en 1989 avec le rétablissement de la démocratie, les ont privées illégalement de leurs investissements et de la jouissance de leurs biens, les ont mises dans une situation difficile et leur ont causé un préjudice. Leurs biens personnels ainsi que leurs actifs commerciaux et actions dans des sociétés ont d'abord été saisis physiquement en 1973 *manu militari*, puis par le biais d'un simulacre d'acte administratif, le Décret n° 165 du 10 février 1975. Ces actes illégaux et anticonstitutionnels n'ont pas pu mettre fin au droit de propriété de M. Pey⁸⁵.

⁸⁴ Tr. Jour 3 (14 mars 2019), pp. 5, 73.

⁸⁵ Requête en Annulation, para. 237 ; Mémoire sur l'Annulation, paras. 293 ss., 681.

216. Tout au long des différentes étapes de la procédure, le Décret n° 165 a été un élément central, « un enjeu principal »⁸⁶ des arguments des Demanderesses. Celles-ci soutiennent que ce Décret a eu une existence de fait, mais jamais de droit puisqu'il était en contradiction avec les principes fondamentaux des constitutions chiliennes de tous les temps, que, par conséquent, il était nul et non avenue depuis le début et ne pouvait avoir aucun effet juridique, et qu'il n'a pas éteint leurs droits de propriété. Ces allégations ont été soulevées devant le Tribunal Initial⁸⁷, devant le Premier Comité⁸⁸, devant le Tribunal de Nouvel Examen⁸⁹ et devant le présent Comité⁹⁰.
217. Les Demanderesses insistent sur le fait que, puisqu'une injustice a été commise et que ses effets se font toujours ressentir, elles ont un devoir moral et juridique à l'égard d'elles-mêmes et de la société de se battre jusqu'à ce que justice soit faite et que le préjudice soit réparé⁹¹.
218. Cette profonde conviction et indignation les ont conduites à saisir toute instance potentielle devant laquelle elles pouvaient exercer un recours, en vue de parvenir au même objectif : devant les tribunaux nationaux du Chili et devant les tribunaux d'arbitrage international, en se fondant tant sur le droit national que sur le droit international.
219. À titre de résultat intermédiaire, M. Pey Casado a été indemnisé au titre de la perte de ses biens personnels⁹². Les tribunaux chiliens ont rejeté la demande de restitution de la rotative Goss au motif qu'elle était prescrite lorsqu'elle a été présentée en 1995, soit 20 ans après le Décret n° 165⁹³. Le tribunal de première instance n'a nié ni l'existence ni l'effet du Décret n° 165. M. Pey a soutenu devant le tribunal que le décret était « entaché de nullité

⁸⁶ Réplique sur l'Annulation, para. 136.

⁸⁷ Voir Sentence Initiale, paras. 73 ss., 207, 447, 588 ss.

⁸⁸ Décision Initiale sur l'Annulation, para. 348.

⁸⁹ Sentence après Nouvel Examen, paras. 56 ss., 141 ss., 196 ss.

⁹⁰ Requête en Annulation, paras. 262 ss. ; Mémoire sur l'Annulation, paras. 681 ss. ; Réplique sur l'Annulation, paras. 116, 135 s. et *ao* ; Tr. Jour 1 (12 mars 2019), pp. 11 ss., 48 ss.

⁹¹ Tr. Jour 3 (14 mars 2019), pp. 5, 73.

⁹² Contre-Mémoire sur l'Annulation, para. 46.

⁹³ Jugement de la Première Chambre civile de Santiago, 28 juillet 2008 (C-282).

de droit public, imprescriptible [et] incurable, qui provoque son inexistence juridique »⁹⁴. Cet argument a été contesté par l'État, qui a fait valoir que le décret avait été adopté conformément aux dispositions constitutionnelles alors applicables, ce qui avait eu pour conséquence que la demande de M. Pey était prescrite⁹⁵. Le tribunal a rejeté l'argument de M. Pey, au motif que sa demande était prescrite en calculant les délais applicables à compter de l'adoption du Décret n° 165⁹⁶. En ce qui concerne l'indemnisation au titre des actions confisquées dans les sociétés chiliennes, en particulier *El Clarín*, les Demanderesses ont engagé la présente instance et ont informé les autorités chiliennes par lettre du 24 juin 1999⁹⁷ qu'elles avaient exercé la clause d'option irrévocable (« *fork in the road* ») en ce sens et qu'elles renonçaient à leur demande fondée sur la Loi chilienne d'indemnisation n° 19.568, en date du 23 juillet 1998⁹⁸.

220. Le Tribunal de Nouvel Examen a refusé tout dédommagement pécuniaire, bien qu'il rappelle « une obligation qui pèse toujours sur la Défenderesse [...] pour la réparation des injustices passées qui ont été reconnues »⁹⁹.

221. Cette déclaration fait écho à des attentes similaires formulées par le Tribunal Initial :

Quant à l'invalidité des confiscations et au devoir d'indemnisation, il y a lieu de rappeler aussi des déclarations parfaitement claires de la défenderesse dans la présente procédure.

Après le rétablissement au Chili d'institutions démocratiques et civiles, les nouvelles autorités ont proclamé publiquement leur intention de rétablir la légalité et de réparer les dommages causés par le régime militaire. [...]

Le Tribunal arbitral ne peut que prendre note avec satisfaction de telles déclarations, qui font honneur au

⁹⁴ Jugement de la Première Chambre civile de Santiago, 28 juillet 2008, pp. 2 et 8 (C-282) (crochets dans l'original).

⁹⁵ Jugement de la Première Chambre civile de Santiago, 28 juillet 2008, pp. 4 et 5 (C-282).

⁹⁶ Jugement de la Première Chambre civile de Santiago, 28 juillet 2008, pp. 9 et 10 (C-282).

⁹⁷ Lettre de J. Garcés au Ministère chilien des Biens Nationaux, 24 juin 1999 (RA-0054).

⁹⁸ Loi n° 19.568, 12 juin 1998 (RA-0053).

⁹⁹ Sentence après Nouvel Examen, para. 244.

Gouvernement chilien. Malheureusement, cette politique ne s'est pas été traduite dans les faits.¹⁰⁰

222. Selon la Sentence Initiale, la Défenderesse a déclaré que :

[L]es gouvernements démocratiques qui remplacèrent en 1990, au moyen d'élections libres, le gouvernement de Pinochet, se sont primordialement préoccupés de réparer les dommages causés par le régime instauré au Chili par le coup d'état du 11 septembre 1973. En effet, le Gouvernement a pris les mesures pour réparer les dommages causés aux victimes dans tous les secteurs.¹⁰¹

223. Ces déclarations des acteurs les plus divers reconnaissent toutes que des injustices ont été commises et des dommages causés. En même temps, le Tribunal de Nouvel Examen a rejeté la demande d'indemnisation des Demanderesses. Les Demanderesses ont déduit de ces conclusions apparemment contradictoires que le Tribunal de Nouvel Examen était animé par un « biais systématique »¹⁰² dans la conduite de la procédure, dans son raisonnement et, enfin, dans sa décision au détriment des Demanderesses.

224. Elles affirment que cela n'a été possible qu'en ignorant systématiquement la force obligatoire, l'autorité de la chose jugée attachée aux parties non annulées de la Sentence Initiale¹⁰³ et en spéculant, ce qui a permis aux positions du Tribunal d'être « dictées par une écoute du Tribunal » complaisante avec les souhaits du Chili¹⁰⁴. Ce reproche est récurrent et réitéré aux paragraphes 55-63 et 105-106 de la Réplique sur l'Annulation, aux paragraphes 277, 305, 321, 335-349, 359, 397 ss., 431 ss., 468 s., 507-549, 550 ss., 558 ss., 598, 614 et 647 du Mémoire sur l'Annulation et aux paragraphes 7, 8, 84, 174, 176-185, 200, 207 ss., 221-226, 238, 239, 250, 255 de la Requête en Annulation. Aux pages 156-81 du Mémoire sur l'Annulation, les Demanderesses citent les paragraphes 176, 178, 187, 195, 198, 199, 203, 211, 215, 216, 223, 232, 236, 238, 243, 244 et 286 de la Sentence après

¹⁰⁰ Sentence Initiale, paras. 667-669 (notes de bas de page omises).

¹⁰¹ Sentence Initiale, para. 668.

¹⁰² Tr. Jour 1 (12 mars 2019), p. 50.

¹⁰³ Requête en Annulation, paras. 3-5.

¹⁰⁴ Requête en Annulation, para. 3.

Nouvel Examen à titre d'exemples de ce biais systématique qui constitue une inobservation grave d'une règle fondamentale de procédure et un excès de pouvoir manifeste.

225. Les Demanderesses résument leurs griefs en ces termes :

En outre, la partialité du Tribunal de Resoumission est manifeste en ce qu'il laisse entendre que le Comité *ad hoc* chargé de l'annulation n'est pas allé assez loin dans son acceptation de la demande d'annulation formulée par le Chili à l'égard de la Sentence initiale. En attaquant des aspects essentiels de la Sentence initiale où le Comité *ad hoc* n'a pas été d'accord avec le Chili sur ce qu'il y aurait eu une erreur susceptible d'entraîner l'annulation, mais a tranché en faveur des Demanderesses, le Tribunal de Resoumission s'est écarté d'une règle fondamentale de procédure, à savoir l'absence de biais.¹⁰⁵

226. La Défenderesse ne nie pas qu'une injustice ait été commise pendant le coup d'état militaire et la dictature¹⁰⁶. Au contraire, elle fait valoir qu'elle a déployé des efforts importants pour indemniser les personnes qui « *had been mistreated by the Military Government* »¹⁰⁷.

227. La Défenderesse résume sa position en confirmant que :

*Chili is **not** attempting to justify the expropriation, and is still conscious of the injury that the expropriation caused. As will be seen, however, this issue is entirely inapposite for the Committee's purposes.*¹⁰⁸

228. La Défenderesse fait valoir que les Demanderesses n'ont pas été indemnisées au titre de l'expropriation d'*El Clarín* pour deux raisons. D'une part, elles ont « *voluntarily, consciously and formally renounced their right to obtain reparations under Chilean law* » par lettre du 24 juin 1999, dans laquelle elles ont informé le Gouvernement qu'elles avaient exercé leur option irrévocable (« *fork-in-the-road* ») et poursuivaient leur action par la voie

¹⁰⁵ Requête en Annulation, paras. 243, 182 ss. ; Mémoire sur l'Annulation, paras. 697 ss.

¹⁰⁶ Contre-Mémoire sur l'Annulation, para. 8 et paras. 38-40 en ce qui concerne la saisie d'*El Clarín*.

¹⁰⁷ Contre-Mémoire sur l'Annulation, para. 42.

¹⁰⁸ Contre-Mémoire sur l'Annulation, para. 89 (caractères gras dans l'original).

d'un arbitrage international¹⁰⁹. D'autre part, le Tribunal Initial a à juste titre « *concluded that the expropriation exceeded the temporal scope of the BIT's substantive protections* »¹¹⁰, que l'expropriation était consommée en 1975, avant l'entrée en vigueur du TBI, et qu'aucune indemnisation au titre de l'expropriation ne pouvait être accordée au regard du droit international¹¹¹.

229. La Défenderesse avance des hypothèses sur ce qui motive les Demanderesses à poursuivre ce différend de manière si vigoureuse :

Now, these particular Claimants are not motivated by rational economic considerations. They are motivated, obviously, by the prospect of a big payoff, but they also see inherent value in keeping this case alive, because by keeping this case alive, they keep their ideological cause in the public eye.

*This case continues to be very high profile in Chili. And so the longer this case goes on, the more of these hearings we have, the more it stays in the public eye; and, therefore, this case, in itself, just the actual act of continuing the case, has inherent value to them.*¹¹²

230. Selon le Comité, deux aspects étroitement liés entre eux sont cruciaux pour le refus des Demanderesses d'accepter un résultat qui reconnaît une injustice et pourtant refuse une indemnisation pécuniaire, et pour leur conviction que le résultat est certainement entaché de biais et de partialité systématiques. L'un concerne les procédures parallèles mais non synchronisées devant les tribunaux nationaux et les tribunaux arbitraux internationaux ainsi que l'application ou non du droit national et du droit international. L'autre porte sur l'élément de temps, qui est pertinent à trois égards : en premier lieu, l'application temporelle du TBI, en deuxième lieu, la prescription légale et, en troisième lieu, la longueur de la procédure devant les tribunaux chiliens, ce qui constitue – selon la conclusion du

¹⁰⁹ Contre-Mémoire sur l'Annulation, para. 63.

¹¹⁰ Contre-Mémoire sur l'Annulation, para. 89.

¹¹¹ Contre-Mémoire sur l'Annulation, paras. 100 ss.

¹¹² Tr. Jour 2 (13 mars 2019), p. 569 (version anglaise).

Tribunal Initial à laquelle s'attache l'autorité de la chose jugée – un déni de justice et une violation de l'obligation de traitement juste et équitable.

231. Le Comité traitera ces aspects avant de répondre aux différents griefs et demandes en annulation l'un après l'autre. Il procède ainsi car une appréciation correcte de ces aspects a des répercussions sur plusieurs de ces demandes, en particulier pour l'allégation d'un excès de pouvoir manifeste à caractère continu et une inobservation grave d'une règle fondamentale de procédure qui se manifeste par un biais systématique de la part du Tribunal de Nouvel Examen.

(2) La Sentence Initiale et sa confirmation partielle par le Premier Comité

232. L'article 10.2 du TBI tente d'empêcher des procédures parallèles en disposant que :

Si la controverse n'a pas pu être résolue au terme de six mois à partir du moment où elle aura été soulevée par l'une ou l'autre des Parties, elle sera soumise, au choix de l'investisseur :

- soit aux juridictions nationales de la Partie contractante impliquée dans la controverse ;

- soit à un arbitrage international dans les conditions décrites au paragraphe 3.

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

233. Le Tribunal Initial est arrivé à la conclusion suivante, à laquelle s'attache l'autorité de la chose jugée :

La requête d'arbitrage et la demande introduite devant le juge chilien ont donc un objet et un fondement distincts. La première consiste à demander réparation du préjudice découlant des actes de saisie et de confiscation relatifs aux sociétés CPP S.A. et EPC Ltda sur le fondement de certaines dispositions de l'API Chili-Espagne, tandis que la seconde vise la restitution d'un bien meuble bien identifié, la rotative

Goss, et expressément exclu du champ du consentement à l'arbitrage, en se fondant sur le droit chilien.¹¹³

234. En fin de compte, les Demanderesses n'ont pas eu gain de cause devant les tribunaux nationaux en ce qui concerne leur demande de restitution de la rotative Goss, elles ont renoncé à ce recours et ont soumis leur demande au Tribunal Initial en complétant leur demande initiale¹¹⁴.
235. M. Pey a porté sa demande devant les tribunaux chiliens sur le fondement du droit chilien, et les tribunaux chiliens ont appliqué le droit chilien¹¹⁵.
236. Les choses sont plus compliquées en ce qui concerne le droit devant être appliqué par les tribunaux arbitraux. L'article 10.4 du TBI dispose que :
- L'organe arbitral statuera sur la base des dispositions du présent Traité, du droit de la Partie contractante qui serait partie à la controverse -y compris les règles relatives aux conflits de lois- et des termes d'éventuels accords particuliers conclus en rapport avec l'investissement, de même que des principes du droit international en la matière.
237. Les Parties ont des positions contradictoires sur le droit qu'il convient d'appliquer aux questions liées au droit de propriété de M. Pey Casado sur les actions dans les personnes morales chiliennes, à sa nationalité, à son investissement et celui de la Fondation et à l'expropriation.
238. Le pouvoir du présent Comité *ad hoc* est limité à un examen de la Sentence après Nouvel Examen. Toutefois, celle-ci ne peut être correctement évaluée qu'en la replaçant dans la perspective de la Sentence Initiale ainsi que de la Décision Initiale sur l'Annulation, qui en a confirmé des parties importantes.

¹¹³ Sentence Initiale, para. 491.

¹¹⁴ Contre-Mémoire sur l'Annulation, paras. 125-127.

¹¹⁵ Jugement de la Première Chambre civile de Santiago, 28 juillet 2008 (C-282).

239. Le Tribunal Initial n'a pas appliqué les dispositions du TBI et du droit national chilien de manière cumulative, incongrue et au hasard, mais a plutôt opéré des distinctions dans son application selon les sujets spécifiques et les domaines d'application.
240. Le Tribunal Initial a établi, après une analyse méticuleuse du droit chilien aux paragraphes 179-229 de la Sentence Initiale, que M. Pey Casado avait acquis des actions dans CPP S.A. et EPC Ltda, sociétés de droit chilien, et que cette acquisition était valable et opposable avant l'achèvement de l'expropriation par le Décret n° 165. Il a également conclu, aux paragraphes 230-235 de la Sentence Initiale, que l'acquisition était un investissement légal au regard du droit chilien et qu'il satisfaisait ainsi aux critères d'un investissement au sens de l'article 25 de la Convention CIRDI. Il a enfin établi que M. Pey Casado avait cédé une partie des actions légalement acquises par lui à la Fondation Président Allende conformément au « droit applicable à la cession (quel qu'il soit – espagnol, chilien ou autre) », et non, en tout état de cause, au droit international¹¹⁶.
241. Pour le Tribunal Initial, ces conclusions sont d'une importance cruciale et il les réitère dans des contextes stratégiques comme suit dans sa Sentence :

Le Tribunal conclut que, au moment où a été effectuée la saisie du journal El Clarín, M. Pey Casado devait être considéré comme le seul propriétaire légitime des actions de la société CPP S.A. (paragraphe 229).

Au vu de l'ensemble des développements qui précèdent, le Tribunal conclut qu'il n'existait pas, dans le droit chilien en vigueur en 1972, de définition établie de l'investissement étranger et que l'opération réalisée par M. Pey Casado s'est conformée au droit chilien qui lui était applicable. En conséquence, le Tribunal considère que l'investissement de M. Pey Casado, l'achat d'actions d'une société chilienne du secteur de la presse au moyen de paiements en devises étrangères effectués sur des comptes bancaires en Europe, satisfait les conditions posées par l'API et plus particulièrement par ses articles 1(2) et 2(2). (paragraphe 411)

¹¹⁶ Sentence Initiale, para. 528.

Sur la seconde question, celle de savoir si les investissements des demandresses ont bénéficié d'un traitement juste et équitable, une réponse négative s'impose de l'avis du Tribunal arbitral, compte tenu des conclusions auxquelles il est parvenu précédemment aux termes de son appréciation des preuves et de son analyse juridique. En bref, il s'agit de la conclusion selon laquelle M. Pey Casado a bien démontré avoir procédé à des investissements et être propriétaire de biens meubles ou immeubles qui ont été confisqués par l'autorité militaire chilienne.

On rappellera à ce propos l'existence d'un jugement chilien reconnaissant la propriété de M. Pey Casado sur les actions confisquées ainsi que le fait que les autorités chiliennes, exécutives et administratives (comme judiciaires) étaient informées des revendications et demandes formulées par les demandresses.

Quant à l'invalidité des confiscations et au devoir d'indemnisation, il y a lieu de rappeler aussi des déclarations parfaitement claires de la défenderesse dans la présente procédure. (paragraphe 665-667)

242. Le Premier Comité a confirmé les conclusions du Tribunal Initial. Il a relevé que le « Tribunal a amplement et de manière extrêmement détaillée motivé ses conclusions » et « que le Tribunal a appliqué le 'droit approprié', c'est-à-dire les articles 1(2) et 2(2) de l'API, ainsi que le droit chilien auquel ces dispositions font référence »¹¹⁷.
243. Après avoir établi la propriété et l'investissement des Demandresses, le Tribunal Initial a poursuivi en évaluant la conduite du Chili après le coup d'état. Il décrit la saisie des actifs de M. Pey Casado par les forces militaires chiliennes en 1973 et l'adoption d'une série de lois, de décrets et autres actes normatifs, parmi lesquels le Décret n° 165 du 10 février 1975 et la Décision n° 43 du 28 avril 2000. Il décrit la conduite du Chili et les textes réglementaires comme étant des « faits pertinents »¹¹⁸ et il inclut ces faits dans les dispositions du TBI et le droit international.

¹¹⁷ Décision Initiale sur l'Annulation, paras. 148-156.

¹¹⁸ Sentence Initiale, paras. 585, 588-597.

244. Le Tribunal Initial a examiné la validité du Décret n° 165 au regard du droit chilien dans le but spécifique de déterminer si l'expropriation était un acte continu ou instantané. Les Demanderesses soutiennent que, puisque le Décret était *inexistent* au regard du droit chilien, elles ont subi une expropriation *de facto* qui était de nature continue, qui s'est poursuivie encore après l'entrée en vigueur du TBI et est donc tombée dans son champ d'application temporel. Le Tribunal Initial a rejeté cette thèse spécifique de l'inexistence (ou de la nullité *ab initio*) du Décret sur la base d'une analyse du droit chilien :

Le Tribunal relève qu'un certain nombre de ces décrets a été annulé par les juridictions internes chiliennes. [...] A la connaissance du Tribunal, le décret suprême n°165 est toujours en vigueur.

Et encore :

A 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.¹¹⁹

245. Par conséquent, le Tribunal Initial n'a pas voulu qualifier les actes du Chili d'actes illicites et illégaux, parce que, en tout état de cause, l'expropriation était consommée en 1975 et ne pouvait donc pas être qualifiée de violation de l'article 5 du TBI, aux termes duquel une expropriation légale suppose que les actes d'expropriation soient « adoptés exclusivement pour des raisons d'utilité publique ou d'intérêt national conformément aux dispositions constitutionnelles et légales, et ne doivent en aucun cas être discriminatoires ». Le Tribunal a estimé que « [l]es biens des sociétés CPP S.A. et EPC Ltda ont fait l'objet d'une expropriation définitive en 1975 », réalisée au moyen d'actes cumulatifs, à savoir la saisie par les autorités militaires en 1973 et l'adoption du Décret n° 165¹²⁰, que « l'expropriation dont se plaignent les demanderesses doit être qualifiée d'acte instantané, antérieur à la date d'entrée en vigueur de l'API », qu'en 1975, avec l'adoption du Décret n° 165, « l'expropriation était consommée, **quelle que soit l'appréciation que l'on peut porter**

¹¹⁹ Sentence Initiale, paras. 593, 603, 608, 622.

¹²⁰ Sentence Initiale, paras. 622, 608.

sur sa licéité »¹²¹, et qu'il est « impossible d'exproprier deux fois de suite les mêmes biens »¹²².

246. La décision du Tribunal Initial dans cette affaire a implicitement suivi les Articles sur la Responsabilité de l'État, qu'il a mentionnés par ailleurs¹²³. Leur article 14 prévoit que « la violation d'une obligation internationale par le fait de l'État n'ayant pas un caractère continu a lieu au moment où le fait se produit, même si ses effets perdurent ». Dans un Commentaire, la Commission du droit international indique que « [à] titre exceptionnel, une juridiction peut légitimement refuser de reconnaître une loi ou un décret, la conséquence étant alors que le déni d'un statut, d'un droit de propriété ou de la possession d'un bien qui en résulte peut donner lieu à un fait illicite continu ». La norme et le commentaire ont fait l'objet de discussions au cours de l'Audience¹²⁴. Sans se référer à l'article 14 ou au Commentaire, mais conformément à son contenu, le Tribunal Initial a recherché s'il existait une situation exceptionnelle dans le différend qui lui était soumis. Il a confirmé qu'il n'était pas d'accord quant à l'existence d'une « violation continue » compte tenu des circonstances de l'espèce et il a rejeté l'idée de circonstances exceptionnelles¹²⁵.
247. Le Tribunal Initial n'a laissé aucun doute quant à l'« invalidité des confiscations et au devoir d'indemnisation » et il a invité le Chili à traduire dans les faits ses propres déclarations à cet égard¹²⁶. En même temps, il a répété que :

Quoi qu'il en soit de la pertinence et de la valeur des éléments qui ont été retenus à cet égard en droit interne chilien, ces éléments ne peuvent prévaloir sur les considérations qui ont conduit le Tribunal arbitral aux

¹²¹ Sentence Initiale, para. 608 (caractères gras ajoutés).

¹²² Sentence Initiale, para. 622.

¹²³ Sentence Initiale, note de bas de page 585.

¹²⁴ Tr. Jour 3 (14 mars 2019), pp. 61 ss.; James Crawford, *The International Law Commission's Articles on State Responsibility: Introduction, Text and Commentaries*, Cambridge University Press 2002 (RL-034).

¹²⁵ Sentence Initiale, paras. 605-606.

¹²⁶ Sentence Initiale, para. 667.

conclusions précédemment énoncées, en application des dispositions de l'API.¹²⁷

248. Tout cela est conforme à la distinction opérée entre différentes questions pour lesquelles le droit interne et le droit international ont chacun leur champ d'application, comme cela a été relevé par le Professeur Zachary Douglas :

*Any dispute concerning the existence or extent of the rights in rem alleged to constitute an investment that arises in an investment treaty arbitration must be decided in accordance with the municipal law of the host state for this is not a dispute about evidence (facts) but a dispute about legal entitlements. When the issue becomes the international validity of certain acts of the host state which have prejudiced the investor's legal entitlements under municipal law, then international law applies exclusively.*¹²⁸

249. Le Premier Comité a confirmé la finalité de l'appréciation du Tribunal¹²⁹. Il a rejeté la demande des Demanderesses tendant à rouvrir le débat sur l'effet de la Constitution du Chili au motif qu'elle était prescrite¹³⁰.
250. En conclusion, le Tribunal Initial, le Premier Comité, les Demanderesses et la Défenderesse se sont accordés sur le fait que M. Pey Casado a été exproprié en violation du droit chilien. Nonobstant ce consensus, aucune indemnisation ne lui a été accordée au titre de cette saisie illégale, en raison de l'effet combiné de plusieurs éléments : (i) le rejet d'une demande fondée sur l'expropriation illégale au regard du droit international par le Tribunal Initial au motif qu'elle était en dehors du champ temporel du TBI ; (ii) le rejet de la demande en restitution de la rotative Goss par un tribunal chilien au motif qu'elle était prescrite ; et (iii) la décision de M. Pey Casado de porter les demandes devant un tribunal CIRDI, excluant

¹²⁷ Sentence Initiale, para. 669.

¹²⁸ Zachary Douglas, *The International Law of Investment Claims*, Cambridge University Press 2009, para. 115 (RL-035).

¹²⁹ Décision Initiale sur l'Annulation, para. 159.

¹³⁰ Décision Initiale sur l'Annulation, paras. 346-348.

ainsi les recours nationaux conformément à l'option irrévocable (« *fork-in-the road* ») prévue par la disposition de l'article 10.2 du TBI.

251. Ce résultat est une conséquence de l'interaction et de l'application du droit national et du droit international ainsi que du passage du temps. En ce qui concerne le droit international, la conclusion du Tribunal Initial a été confirmée par le Premier Comité comme étant définitive et a donc autorité de la chose jugée. Le Premier Comité a confirmé la finalité de la décision du Tribunal Initial selon laquelle les Demanderesses n'avaient aucun droit à une indemnisation au titre de l'expropriation illicite au regard du droit international *ratione temporis*.
252. Ni le Tribunal de Nouvel Examen ni le présent Comité *ad hoc* n'ont le pouvoir de renverser la conséquence, bien que le Comité comprenne que les Demanderesses perçoivent cela comme une injustice continue et inacceptable perpétrée par une dictature militaire.
253. Le Tribunal Initial a également conclu que le Chili avait manqué à son obligation de traiter l'investissement des Demanderesses d'une manière juste et équitable, conformément à ce que prévoit l'article 4.1 du TBI. Le premier manquement de cette nature a été l'adoption de la Décision n° 43, en date du 28 avril 2000, c'est-à-dire après l'entrée en vigueur du TBI, « accordant des compensations – pour des raisons qui lui sont propres et sont restées inexplicables – à des personnages qui, de l'avis du Tribunal arbitral, n'étaient pas propriétaires des biens confisqués »¹³¹.
254. Le deuxième manquement a été le délai de plus de sept années (1995-2002) de la procédure devant le tribunal chilien de première instance sur la demande des Demanderesses tendant à la restitution de la rotative Goss. À l'issue de ces sept années, les Demanderesses ont renoncé à la procédure devant le tribunal chilien et ont soumis le différend relatif à la rotative Goss au Tribunal Initial, en complétant leur demande initiale. Le Tribunal a décidé que la réponse à la « question relativement simple » de savoir si l'absence de décision pendant une période de sept années constituait un déni de justice :

¹³¹ Sentence Initiale, paras. 622, 674.

[N]e peut être que positive, au regard des faits établis et déjà retenus par le Tribunal arbitral, l'absence de toute décision par les tribunaux civils chiliens sur les prétentions de M. Pey Casado s'analysant en un déni de justice. En effet, l'absence de décision en première instance sur le fond des demandes des parties demanderesse pendant sept années, c'est-à-dire entre septembre 1995 et le 4 novembre 2002 (moment de l'introduction de la demande complémentaire dans la présente procédure) doit être qualifié comme un déni de justice de la part des tribunaux chiliens. En fait, des délais procéduraux importants constituent bien une des formes classiques de déni de justice.¹³²

255. Les Demanderesses ont interprété la conclusion du Tribunal Initial sur un déni de justice comme ouvrant la voie au Tribunal de Nouvel Examen pour accorder une indemnisation sur le fondement du préjudice causé par l'expropriation. La question a donné lieu à des débats considérables. Il convient donc d'insérer quelques citations qui reflètent plus en détail la position des Demanderesses. Celles-ci insistent sur le fait qu'en aucun cas elles « ne fondent leur prétention sur une remise en cause du raisonnement du Tribunal arbitral initial ou des parties de la Sentence qui ont autorité de chose jugée »¹³³. En même temps, elles invitent le Tribunal de Nouvel Examen à prendre en compte la prétendue rétention délibérée du jugement :

[D]ans la détermination du préjudice résultant du déni de justice, qui doit remettre les parties dans la situation dans laquelle elles auraient dû se trouver si le déni de justice n'avait pas eu lieu. Rappelons en effet, qu'en l'absence de déni de justice, le Tribunal arbitral initial n'aurait pas pu conclure dans la Sentence que « à la connaissance du Tribunal, la validité du Décret n°165 n'a pas été remise en cause par les juridictions internes et ce décret fait toujours partie de l'ordre juridique interne chilien ». ¹³⁴

¹³² Sentence Initiale, para. 659. Le Tribunal Initial se fonde – notamment – sur *Robert Azinian, Kenneth Daviatian & Ellen Baca c. Les États-Unis mexicains*, Affaire CIRDI ARB(AF)/97/2, Sentence, 1^{er} novembre 1999, et Jan Paulsson, *Denial of Justice in International Law*, Cambridge University Press 2005.

¹³³ Mémoire des Demanderesses du 27 juin 2014 (Nouvel Examen), para. 294 (C-8).

¹³⁴ Mémoire des Demanderesses du 27 juin 2014 (Nouvel Examen), para. 277 (C-8).

Et :

Le présent Tribunal arbitral devra dès lors constater que l'un des actes de déni de justice commis par la République du Chili à l'égard de M. Pey et de la Fondation a eu pour effet d'empêcher les Demanderesses d'informer le Tribunal arbitral du jugement de la juridiction civile chilienne reconnaissant la « nullité de droit public » du Décret n° 165, et, en conséquence, l'absence de titre de l'État défendeur sur l'investissement en 1995, compte tenu de la nullité de droit public du Décret n° 165. Ce qui a conduit le Tribunal arbitral à considérer que, « à sa connaissance », ce Décret n'avait pas été remis en cause par les juridictions internes et faisait toujours partie de l'ordre juridique interne chilien, et, par voie de conséquence, que les dispositions de l'article 5 de l'API étaient inapplicables aux faits de confiscation.

Cette tromperie fondamentale démasquée, la Défenderesse ne saurait bien évidemment pas se prévaloir de ses manœuvres procédurales subséquentes.¹³⁵

256. Le présent Comité *ad hoc* ne partage pas l'analyse des Demanderesses à cet égard.
257. En fait, le Tribunal Initial a pris soin de dissocier la question de l'expropriation des deux événements qui, à son avis, étaient constitutifs d'une violation de l'article 4.1 du TBI. Cette dissociation était cruciale pour l'applicabilité temporelle du TBI en ce qui concerne les violations du traitement juste et équitable. Dans cette perspective, le Tribunal Initial a estimé que la Décision n° 43, qui accordait une indemnisation au titre de l'expropriation d'*El Clarín* à des personnes physiques qui n'étaient pas ses propriétaires, ne constituait pas un acte d'expropriation, étant donné que l'expropriation était consommée une fois pour toutes. La Décision n° 43 devait plutôt « s'analyser davantage en une application discriminatoire d'une loi postérieure au traité et des droits que celle-ci a créés. Il s'agit d'une question distincte et non pas d'un fait identique à l'expropriation »¹³⁶. Le Tribunal a conclu que M. Pey Casado était devenu le propriétaire des actions et un investisseur. La discrimination n'avait pas pour cause le Décret n° 165 ni aucun autre acte de saisie, mais

¹³⁵ Mémoire des Demanderesses du 27 juin 2014 (Nouvel Examen), paras. 286-287 (C-8) (notes de bas de page omises ; soulignement omis).

¹³⁶ Sentence Initiale, para. 622.

le fait que le Chili avait décidé d'indemniser « de[s] personnes non-proprétaires » au détriment et au préjudice du véritable propriétaire¹³⁷. Il a conclu que ce comportement discriminatoire devait être considéré comme un traitement injuste et inéquitable¹³⁸.

258. Quant aux délais importants de la procédure devant les tribunaux chiliens, le Tribunal Initial a conclu qu'ils constituaient un déni de justice et un traitement injuste et inéquitable, sans aucune référence à son objet, à savoir la saisie de la rotative Goss.
259. La question de la constitutionnalité et de la nullité du Décret n° 165 n'était pas pertinente pour la décision du Tribunal Initial sur le manquement par le Chili à son obligation de garantir un traitement juste et équitable.
260. Le Premier Comité a confirmé les violations de la norme du traitement juste et équitable et a insisté sur le fait que le Tribunal Initial avait à juste titre décidé que l'exécution de la Décision n° 43 de même que le déni de justice « étaient complètement séparés et distincts de l'expropriation de 1975 »¹³⁹. Le Premier Comité a indiqué explicitement que « l'obligation d'accorder une réparation au titre de la violation de droits perdue même si les droits en tant que tels ont pris fin, 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 »¹⁴⁰. Le Premier Comité a ainsi rejeté l'argument du Chili selon lequel, à la suite de l'expropriation, il n'existait plus d'investissement auquel la norme du traitement juste et équitable pouvait s'appliquer. En même temps, ces raisons ont clairement démontré que la constatation d'une violation du traitement juste et équitable ne dépendait pas de la qualification de l'expropriation en tant que fait continu.
261. Le Premier Comité a confirmé la finalité de la décision du Tribunal Initial selon laquelle le Chili est tenu à indemnisation au titre de la violation de son obligation de garantir un

¹³⁷ Sentence Initiale, paras. 629 ss.

¹³⁸ Sentence Initiale, paras. 671 ss.

¹³⁹ Décision Initiale sur l'Annulation, para. 159.

¹⁴⁰ Décision Initiale sur l'Annulation, para. 168 (notes de bas de page omises).

traitement juste et équitable, dans la mesure où cette violation a été commise après l'entrée en vigueur du TBI.

262. L'autorité de la chose jugée attachée à la Sentence Initiale a également empêché le Tribunal de Nouvel Examen de prendre en compte l'argument des Demanderesses selon lequel, en l'absence de déni de justice, le Tribunal Initial aurait pu tenir compte du jugement du tribunal de Santiago pour décider que le Décret n° 165 était nul *ab initio*, de telle sorte que l'expropriation était un fait continu. Après avoir conclu que l'expropriation ne tombait pas dans le champ d'application temporel du TBI, le Tribunal Initial a considéré qu'il en résultait logiquement que les arguments et éléments de preuve relatifs à l'expropriation ne pouvaient pas être retenues pour établir un préjudice résultant du refus d'un traitement juste et équitable. Cette déclaration a été faite au Chapitre VIII, paragraphe 688 de la Sentence Initiale. Comme cela est discuté de manière plus détaillée aux paragraphes 620 ss. ci-dessous, le Premier Comité a cité en l'approuvant ce paragraphe 688 et a confirmé, au paragraphe 283 de sa Décision, que « le Tribunal a expressément déclaré qu'une évaluation des dommages prétendument subis par les Demanderesses du fait de l'expropriation manquait de pertinence et que les allégations, discussions et preuves relatives auxdits dommages ne pouvaient pas être retenues par le Tribunal ». Le Premier Comité s'est ainsi approprié le contenu du paragraphe 688 de la Sentence Initiale, celui-ci ayant par conséquent autorité de la chose jugée pour le Tribunal de Nouvel Examen.

(3) L'appréciation générale de l'autorité de la chose jugée par le Tribunal de Nouvel Examen

263. Le Tribunal de Nouvel Examen a défini son rôle comme étant limité à la détermination de « la nature de la compensation due au titre de la ou des violations déjà établie(s) par le Tribunal initial » et a souligné que :

[C]e Tribunal est dispensé de la nécessité de rechercher à nouveau si le Chili a commis une violation de ses obligations à l'égard des Demanderesses en ce qui concerne le présent différend, en quoi a consisté cette violation ou si la violation donne lieu à un droit à compensation. Toutes ces questions ont été tranchées par la Sentence Initiale et les décisions en

résultant sont obligatoires à l'égard de l'ensemble des Parties en vertu de l'article 53(1) de la Convention CIRDI. Non seulement le Tribunal n'a pas besoin d'examiner ces questions, mais, s'il prétendait le faire, il excèderait manifestement sa propre compétence. Cela résulte expressément de l'article 55(3) du Règlement d'arbitrage¹⁴¹.

264. Il a cependant estimé que l'obligation de ne pas se prononcer à nouveau sur les parties de la Sentence Initiale qui n'avaient pas été annulée :

[N]e l'empêche pas, à son avis, de procéder à une interprétation de la Sentence Initiale, aux fins d'accomplir sa mission en vertu de la Convention CIRDI et du Règlement d'arbitrage du CIRDI. En effet, il ne pourrait guère en être autrement ; l'essence de la mission du Tribunal est de donner effet, à la lumière des arguments présentés par les Parties, à certains paragraphes du dispositif de la Sentence Initiale ; et le Tribunal ne peut guère le faire sans d'abord comprendre la signification de ces paragraphes¹⁴².

265. Dans cette perspective, le Tribunal de Nouvel Examen rappelle que le Tribunal Initial avait rejeté des demandes liées à l'expropriation en 1973-1975 au motif que le champ temporel du TBI ne couvrait pas cette période et que seule la violation de l'obligation de la Défenderesse de garantir un traitement juste et équitable, et notamment de ne pas commettre de déni de justice, qui était liée à la Décision n° 43 du Chili de l'année 2000 d'indemniser des personnes qui n'étaient pas propriétaires en lieu et place de M. Pey Casado et au délai important de la procédure devant les tribunaux du Chili ayant commencé en 1995, constituait un fondement valable pour l'indemnisation. Le Tribunal de Nouvel Examen conclut que les Demanderesses cherchent à contourner cet « obstacle insurmontable » par une réponse « complexe » qu'il décrit en ces termes :

Elles soutiennent à certains endroits que des éléments des parties non annulées de la Sentence Initiale doivent être réexaminés et modifiés par le présent Tribunal. Ce serait toutefois (comme cela a déjà été indiqué) aller bien au-delà des fonctions et des pouvoirs que le Tribunal tient de l'article

¹⁴¹ Sentence après Nouvel Examen, para. 178.

¹⁴² Sentence après Nouvel Examen, para. 207.

55 du Règlement d'arbitrage du CIRDI, et cet argument ne sera pas examiné plus avant dans la présente Sentence. Cependant, l'objet principal de la réponse des Demanderesses est différent. Il consiste essentiellement à soutenir que le déni de justice dont l'existence a été constatée par le Tribunal Initial, en raison des retards dans la procédure devant le Tribunal de Santiago relative à la rotative Goss, a eu pour conséquence principale de mettre les Demanderesses dans l'impossibilité d'invoquer un argument décisif selon lequel le Décret n° 165 était entaché d'une nullité absolue (*ex tunc*) et, de ce fait, ne pouvait pas produire d'effets juridiques. Toujours selon les Demanderesses, si elles avaient été en mesure de faire valoir cet argument, elles auraient pu récupérer les biens qui leur avaient été confisqués au Chili, ou, tout au moins, elles auraient pu démontrer devant le Tribunal Initial que la confiscation de ces biens n'était pas un acte instantané définitivement consommé en 1975, mais qu'elle n'a en fait été consommée que plusieurs années plus tard, et le résultat en aurait été que la confiscation relevait bien de la compétence du Tribunal Initial au regard du TBI, contrairement aux conclusions de la Sentence Initiale.¹⁴³

266. Le Tribunal de Nouvel Examen poursuit son raisonnement avec « une brève digression sur le statut du Décret n° 165 au regard du droit public chilien », digression qu'il qualifie d' « opportun[e] », le sujet ayant « absorbé une grande partie des débats entre les Parties, tant au cours de la phase écrite que lors de l'audience ». Il évalue le raisonnement de l'expert de la Défenderesse et estime fondé l'avis selon lequel la nullité *ab initio* d'un acte normatif devrait faire l'objet d'une décision expresse et la proposition des Demanderesses est plus « spéculative qu'opérationnelle »¹⁴⁴.
267. Le Tribunal de Nouvel Examen estime ensuite « qu'il n'est pas nécessaire d'aller plus avant dans cette question puisqu'il a conclu que, même si les Demanderesses étaient en mesure de démontrer la proposition qu'elles ont soutenue, celle-ci n'aurait pas d'incidence

¹⁴³ Sentence après Nouvel Examen, para. 196.

¹⁴⁴ Sentence après Nouvel Examen, para. 197.

importante sur la présente procédure de nouvel examen »¹⁴⁵. Cela est dû aux conséquences éventuelles des recours qui pourraient résulter du statut du Décret n° 165 :

Selon le Tribunal, il n'y en a que deux : la première est que le Tribunal Initial a conclu à tort que la confiscation était exclue *ratione temporis* du champ d'application du TBI ; la seconde est que ce qui a constitué en fait (sinon dans la forme) la confiscation est intervenue avec la Décision n° 43. Chacune d'elles apparaît, sous diverses formes, dans les écritures des Demanderesses au cours de la présente procédure de nouvel examen. Cependant, elles rencontrent toutes deux des difficultés insurmontables. En ce qui concerne la première conséquence, le Tribunal n'a aucun doute que le Tribunal Initial, bien qu'il ait utilisé des termes légèrement différents dans les diverses parties de sa Sentence Initiale, était de l'avis que la confiscation était un fait consommé avec la saisie physique en 1975 et n'entrait donc pas dans le champ d'application du TBI. Et surtout, le présent Tribunal n'a tout simplement pas le pouvoir de statuer sur un appel formé contre une telle conclusion, ni de substituer son propre avis à celui du Tribunal Initial, ni encore d'octroyer une réparation de quelque nature que ce soit à ce titre. En ce qui concerne la seconde conséquence (à savoir que la confiscation effective n'est intervenue qu'avec la Décision n° 43), elle est également elle-même incompatible avec les conclusions du Tribunal Initial quant à la chronologie de la confiscation, mais aussi avec la Décision n° 43 elle-même, dont le sens général est qu'il s'agissait de l'octroi d'une compensation au titre d'une confiscation *qui était déjà intervenue*. Le Tribunal terminera avec une dernière observation avant de passer à un autre sujet : si la prétendue nullité de la Décision n° 43 au regard du droit chilien avait effectivement une importance décisive, la conséquence en serait certainement que l'investissement est, en droit, resté la propriété de M. Pey Casado et/ou de la Fondation – et le recours à ce titre pourrait relever de la sphère domestique, mais clairement pas du présent Tribunal¹⁴⁶.

¹⁴⁵ Sentence après Nouvel Examen, para. 198.

¹⁴⁶ Sentence après Nouvel Examen, para. 198 (notes de bas de page omises ; caractères italiques dans l'original).

268. En d'autres termes, le Tribunal de Nouvel Examen a estimé que conclure que le Décret n° 165 était nul *ex tunc* ne serait d'aucune utilité dans la Procédure de Nouvel Examen, étant donné que le Tribunal de Nouvel Examen était lié par la conclusion du Tribunal Initial selon laquelle l'expropriation était un acte instantané s'étant produit au moment de ce décret, conclusion qui avait autorité de la chose jugée.
269. En outre, le Tribunal de Nouvel Examen a estimé qu'il était également lié par la conclusion ayant autorité de la chose jugée qui figure dans la Sentence Initiale, selon laquelle l'indemnisation au titre de la violation du standard du traitement juste et équitable ne pouvait pas être fondée sur la valeur des actifs confisqués. Le paragraphe 230(d) de la Sentence après Nouvel Examen relève ainsi que « toute évaluation du préjudice et des dommages-intérêts fondée sur l'expropriation initiale est incompatible avec la Sentence Initiale et doit donc être rejetée »¹⁴⁷. Ce point est traité de manière plus détaillée aux paragraphes 661-662 ci-dessous.

(4) Les positions des Parties devant le présent Comité

270. L'anticonstitutionnalité, l'illégalité et la nullité absolue *ex tunc* du Décret n° 165 demeurent des éléments centraux de la demande des Demanderesses, « la question la plus essentielle des échanges dans le cadre de la procédure en resoumission »¹⁴⁸. Elles soutiennent que cela a été établi de manière définitive par les tribunaux chiliens et a autorité de chose jugée entre les Parties. En conséquence, les Demanderesses n'ont jamais perdu leur qualité de propriétaires et la confiscation en 1973 et en 1975 était limitée à une saisie purement physique, à une confiscation *de facto* mais pas *de jure*¹⁴⁹ :

Comme il ressort des §§665-674 de la Sentence initiale, de la décision d'un Tribunal de Justice de Santiago du 29 mai 1995, des articles de la Constitution du Chili d'application directe et impérative tels qu'interprétés par la Cour Suprême, les Demanderesses continuent aujourd'hui à être les

¹⁴⁷ Sentence après Nouvel Examen, le para. 228 va dans le même sens.

¹⁴⁸ Réplique sur l'Annulation, para. 79.

¹⁴⁹ Requête en Annulation, paras. 237, 259 ; Tr. Jour 3 (14 mars 2019), pp. 9-10.

propriétaires légaux de tous les biens et droits du Groupe Clarin.¹⁵⁰

271. Les Demanderesses font en outre valoir qu'elles n'ont pas demandé au Tribunal de Nouvel Examen de corriger « d'un iota » la décision du Tribunal Initial sur le champ temporel du TBI et l'exclusion d'une demande d'indemnisation au titre de l'expropriation¹⁵¹. Elles n'ont pas trouvé d'erreur dans le raisonnement du Tribunal Initial en ce qui concerne le Décret n° 165 au moment de la Sentence parce que, à ce moment-là, le Tribunal « avait estimé devoir s'aligner sur l'hypothèse de sa validité en droit interne »¹⁵².
272. Elles considèrent plutôt, en premier lieu, que le Tribunal Initial a fait droit à une demande d'indemnisation sur le fondement de l'article 4 du TBI et non de l'article 5, parce qu'il a avait conclu que le Chili avait agi de manière injuste et inéquitable en indemnisant des personnes qui n'étaient pas propriétaires en lieu et place de M. Pey Casado après la confiscation et son illégalité incontestée, et, en second lieu, que le déni de justice avait empêché les Demanderesses de prouver le caractère continu de l'expropriation¹⁵³. À cette fin, elles citent, dans leur Mémoire sur l'Annulation, les propos qu'elles avaient tenus dans leur Mémoire en Réponse du 9 janvier 2015 soumis dans la Procédure de Nouvel Examen :

En effet, le déni de justice a consisté en ce que les Demanderesses ont été privées de la preuve des rapports de droits de leur investissement avec l'État du Chili. L'effacement des effets du déni de justice ne consiste pas à dire ce que le Tribunal arbitral initial aurait décidé, mais à statuer aujourd'hui en connaissance de cause au lieu et place du Tribunal arbitral initial, puisque cette partie de la décision a été annulée.¹⁵⁴

¹⁵⁰ Mémoire sur l'Annulation, para. 681 (notes de bas de pages omises).

¹⁵¹ Requête en Annulation, para. 263 ; Mémoire sur l'Annulation, paras. 4, 317, 697.

¹⁵² Requête en Annulation, para. 209 ; Réplique sur l'Annulation, para. 135.

¹⁵³ Requête en Annulation, para. 260.

¹⁵⁴ Réplique du 9 janvier 2015 (Nouvel Examen), para. 212 (C-40) ; voir Requête en Annulation, para. 690.

273. Les Demanderesses soutiennent que le Tribunal de Nouvel Examen :

- a manipulé et dénaturé les écritures des Demanderesses en ce qui concerne les arguments et les conclusions du Tribunal Initial afin de satisfaire les souhaits de la Défenderesse, ce qui constitue un manque d'impartialité, un parti pris et une inobservation grave de l'une des règles de procédure les plus fondamentales, à savoir la neutralité et l'impartialité du tribunal¹⁵⁵ ;
- n'a pas appliqué le droit applicable et en particulier l'article 7 de la Constitution et les décisions des tribunaux chiliens en ne déclarant pas le Décret n° 165 invalide et nul *ab initio*¹⁵⁶ ;
- s'est contredit au sein même de la structure du paragraphe 198 de la Sentence, en premier lieu, en présentant un raisonnement « concernant l'application du droit applicable sur la question la plus essentielle des échanges dans le cadre de la procédure en resoumission, [qui] est donc limitée à une « brève digression », pourrait-on dire une remarque en passant !, ce qui en soit est contradictoire » ; et, en second lieu, en présentant un raisonnement sur des conclusions des Demanderesses en ce qui concerne le Décret n° 165 et la Décision n° 43 que celles-ci n'ont jamais soumises, ces contradictions constituant un défaut de motifs¹⁵⁷ ; et
- n'a pas respecté, de manière systématique, les parties non annulées de la Sentence Initiale, en contradiction flagrante avec l'article 55(3) du Règlement d'arbitrage du CIRDI, et a ainsi usurpé un pouvoir qu'il n'a pas et commis un excès de pouvoir manifeste¹⁵⁸.

274. Les Demanderesses soutiennent que la Section III.E. (« Statut du Décret n° 165 ») de la Sentence après Nouvel Examen et, en particulier son paragraphe 198, cristallise le

¹⁵⁵ Mémoire sur l'Annulation, para. 697.

¹⁵⁶ Requête en Annulation, paras. 254-263 ; Mémoire sur l'Annulation, paras. 681-696; Réplique sur l'Annulation, para. 135.

¹⁵⁷ Réplique sur l'Annulation, paras. 78-81.

¹⁵⁸ Requête en Annulation, paras. 189-237 ; Mémoire sur l'Annulation, paras. 258-583.

raisonnement erroné et annulable du Tribunal de Nouvel Examen en niant l'injustice perpétrée par la dictature militaire et en empêchant une juste indemnisation au titre de la confiscation illégale des investissements des Demanderesses, causée par un traitement injuste et un déni de justice. Étant donné que le paragraphe 198 « constitue le point d'ancrage des paragraphes suivants de la SR »¹⁵⁹, les Demanderesses demandent au Comité non seulement d'annuler le paragraphe 198 mais aussi « les paragraphes de la SR 216, 219, 220, 221, 224, 227-229, 23-236, 244, qui découlent, directement ou indirectement, des 'conclusions' établies au § 198 [...] ainsi que, en conséquence, les points 2-7 du Dispositif dont ils constituent le fondement et l'ensemble de la SR »¹⁶⁰.

275. La Défenderesse réfute les arguments et la demande des Demanderesses. Elle soutient que le Tribunal Initial a décidé que l'expropriation était consommée en 1975, soit avant l'entrée en vigueur du TBI et que « *none of the BIT's substantive provisions applied to the expropriation of El Clarin* »¹⁶¹, et cette décision avait autorité de la chose jugée. La Défenderesse résume la situation en ces termes :

[T]he Resubmission Tribunal concluded that the Chilean law issues under discussion were irrelevant simply because what [sic] Claimants' theory about the implications of Chilean law necessarily contradicted the conclusions in the First Award. The Resubmission Tribunal therefore could not have accepted such arguments without doing violence to the First Award, which had clearly held that "the expropriation [of El Clarín] was completed (fait consommé) with the physical seizure in 1975 [sic] and thus fell outside the scope of the BIT." Given that conclusion, Claimants' theories about Decree No. 165 were irrelevant, since the issue of whether or not the expropriation was a continuing one or not - for purposes of the BIT and of international law - did not depend on the legal status of Decree No. 165 under Chilean law. [...] Accordingly, there was no need for the Resubmission Tribunal to take any decision or make any pronouncement on the Chilean law issues that had been

¹⁵⁹ Réplique sur l'Annulation, para. 82.

¹⁶⁰ Réplique sur l'Annulation, para. 84 ; Mémoire sur l'Annulation, paras. 681-696.

¹⁶¹ Contre-Mémoire sur l'Annulation, para. 399.

*raised by Claimants. The tribunal's handling of the applicable law issues was therefore unimpeachable.*¹⁶²

276. La Défenderesse soutient que les « *Claimants' arguments did not persuade the Resubmission Tribunal* » et qu'il est inadmissible de substituer à la décision du Tribunal de Nouvel Examen une autre décision, ce qui équivaldrait nécessairement à un appel¹⁶³.

(5) L'analyse du Comité

277. Le Comité examinera les motifs d'annulation invoqués dans les sections suivantes de la présente Décision. Dans le cadre de ces considérations initiales, il analysera le raisonnement et les conclusions du Tribunal de Nouvel Examen en vue de déterminer si celui-ci a privilégié de manière systématique le Chili, comme le soutiennent les Demanderesses. Deux indicateurs dans ce sens seraient une dénaturation des arguments des Demanderesses et un mépris de la décision du Tribunal Initial afin de satisfaire les intérêts du Chili, ignorant ainsi l'injustice perpétrée par la dictature militaire par le biais de la saisie de manière violente des investissements des Demanderesses et de l'adoption qui s'en est suivie d'un simulacre d'acte normatif illégal, anticonstitutionnel et entaché de nullité absolue, à savoir le Décret n° 165, comme, encore une fois, le soutiennent les Demanderesses.

278. Dans cette perspective, le Comité a juxtaposé et comparé les arguments et les conclusions du Tribunal Initial dans la mesure où ils avaient été confirmés comme étant définitifs par le Premier Comité, le Tribunal de Nouvel Examen et les Parties en ce qui concerne la qualification et la pertinence du Décret n° 165. Après une analyse minutieuse, il a estimé que le Tribunal de Nouvel Examen n'avait pas dénaturé les écritures des Demanderesses et il n'a pas examiné à nouveau les parties non annulées de la Sentence Initiale. En conséquence, il ne peut pas confirmer que Tribunal de Nouvel Examen a eu un comportement partial et biaisé et a favorisé le Chili par le biais d'un raisonnement

¹⁶² Contre-Mémoire sur l'Annulation, para. 406 (notes de bas de pages omises).

¹⁶³ Réplique sur l'Annulation, para. 108.

inapproprié en ce qui concerne cette question. Le Comité va justifier cette décision dans les paragraphes suivants.

279. Le paragraphe 198 de la Sentence après Nouvel Examen, que les Demanderesses présentent comme étant le « point d’ancrage » de la décision du Tribunal sur la qualification de la confiscation, commence par expliquer que la qualification du Décret n° 165 n’a pas d’« incidence importante » sur la procédure. À la lumière de cette considération, il n’apparaît pas clairement pourquoi le Tribunal de Nouvel Examen s’est lancé dans une longue discussion de cette qualification dans le paragraphe 197 qui précède. Peut-être voulait-il saluer le fait que les Parties, et en particulier les Demanderesses, avaient pris la question très au sérieux, que ce point avait été particulièrement important au cours de la phase initiale, de la Première Procédure en annulation et de la phase de nouvel examen de la procédure et que le Tribunal Initial n’avait pas traité cette question de manière aussi détaillée qu’il l’aurait pu.
280. Quoi qu’il en soit, la déclaration du Tribunal de Nouvel Examen ne déforme pas les conclusions du Tribunal Initial sur le contenu et la pertinence du Décret n° 165, qui ont autorité de la chose jugée. Elle n’est rien de plus qu’un *obiter dictum*. Les *obiter dicta* ne constituent pas des motifs d’annulation car ils ne sont pas pertinents pour la décision ni déterminants pour l’issue du litige. La conclusion décisive du Tribunal de Nouvel Examen est la première phrase du paragraphe 198, selon laquelle aucune des propositions controversées des Parties n’a d’« incidence importante ».
281. Cette décision concorde avec la conclusion du Tribunal Initial et respecte ainsi l’autorité de la chose jugée attachée à la Sentence Initiale. Le Tribunal Initial avait décidé que l’expropriation avait été consommée indépendamment de son illégalité. Le Tribunal de Nouvel Examen reconnaît que ce résultat a autorité de la chose jugée. Il n’avait pas le pouvoir de rouvrir ce débat. Le reproche des Demanderesses selon lequel il n’avait pas appliqué la Constitution chilienne est donc dénué de fondement juridique. La question n’est pas de savoir si la Constitution faisait partie du droit applicable devant le Tribunal de Nouvel Examen. Le fait est que la conclusion du Tribunal Initial qui a autorité de la chose jugée et selon laquelle l’expropriation était un acte instantané ayant eu lieu à la date du

Décret n° 165, ainsi que son raisonnement selon lequel « [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 »¹⁶⁴ ont empêché le Tribunal de Nouvel Examen d'appliquer la Constitution chilienne de manière à parvenir à la conclusion opposée selon laquelle le décret ne faisait pas partie de l'ordre juridique du Chili de sorte que l'expropriation était un acte continu.

282. Quelle que soit la critique que puisse susciter le raisonnement du Tribunal Initial, elle ne pourrait pas être dirigée contre la Sentence après Nouvel Examen. Elle concernerait la conclusion du Tribunal Initial, qui a été confirmée par le Premier Comité comme étant définitive.
283. Les Demanderesses soutiennent que le Tribunal Initial n'avait pas connaissance de la nullité du Décret n° 165 et qu'il a donc décidé de « s'aligner sur l'hypothèse de sa validité en droit interne »¹⁶⁵. Au lieu de critiquer le Tribunal Initial pour avoir pris une mauvaise décision, les Demanderesses ont demandé au Tribunal de Nouvel Examen de prendre une nouvelle décision « en connaissance de cause au lieu et place du Tribunal arbitral initial »¹⁶⁶, en tenant compte également de la décision du tribunal chilien de juillet 2008 qui, en raison du déni de justice, a été rendue trop tardivement pour que le Tribunal Initial puisse la prendre en considération.
284. Toutefois, nonobstant l'affirmation des Demanderesses, la décision du tribunal chilien de juillet 2008 n'a pas reconnu la nullité absolue du Décret n° 165. Comme cela a déjà été mentionné, c'est le contraire qui a été décidé. M. Pey a soutenu devant le tribunal que le Décret n° 165 était « entaché de nullité de droit public, imprescriptible [et] incurable, qui provoque son inexistence juridique »¹⁶⁷. Ce point a été contesté par l'État, qui a fait valoir que le décret avait été pris conformément aux dispositions constitutionnelles alors

¹⁶⁴ Sentence Initiale, para. 603.

¹⁶⁵ Requête en Annulation, para. 209 ; Réplique sur l'Annulation, para. 135.

¹⁶⁶ Réplique du 9 janvier 2015 (Nouvel Examen), para. 212 (C-40).

¹⁶⁷ Jugement de la Première Chambre civile de Santiago, 28 juillet 2008, pp. 2, 8-10 (C-282).

applicables, de sorte que la demande de M. Pey était prescrite¹⁶⁸. Le tribunal a rejeté l'argument de M. Pey ; il a estimé que son action était prescrite en calculant les délais applicables à compter de l'adoption du décret¹⁶⁹. La décision du tribunal chilien paraît donc avoir confirmé que le Décret n° 165 existait bien dans l'ordre juridique chilien. Il est difficile de voir comment elle aurait changé la décision du Tribunal Initial selon laquelle le Décret faisait encore partie de l'ordre juridique chilien¹⁷⁰.

285. En somme, en s'alignant sur la décision du Tribunal Initial revêtue de l'autorité de la chose jugée, le Tribunal de Nouvel Examen a donc respecté son obligation, aux termes des articles 52 et 53 de la Convention CIRDI et de l'article 55(3) du Règlement d'arbitrage du CIRDI, de reconnaître le caractère définitif des parties non annulées de la Sentence Initiale. Ce faisant, il n'a pas excédé son pouvoir, ni fait preuve de parti pris au détriment des Demanderesses.
286. *La deuxième phrase du paragraphe 198* résume l'argument des Demanderesses selon lequel le Décret n° 165 était illégal, la saisie physique ne constituait pas une expropriation juridiquement effective et, par conséquent, les Demanderesses étaient encore les propriétaires légaux des actions et des actifs. Il ne peut s'agir d'une distorsion de l'argument des Demanderesses puisqu'elles déclarent sans équivoque qu'elles « continuent aujourd'hui à être les propriétaires légaux de tous les biens et droit du Groupe Clarin »¹⁷¹.
287. Les Demanderesses soutiennent en outre que le Tribunal de Nouvel Examen insinue, dans *la troisième et la quatrième phrases du paragraphe 198*, qu'elles ont soulevé des arguments qu'en fait elles n'avaient jamais soulevés, à savoir que « le Tribunal Initial a conclu à tort que la confiscation était exclue ratione temporis du champ d'application du

¹⁶⁸ Jugement de la Première Chambre civile de Santiago, 28 juillet 2008, pp. 4-5 (C-282).

¹⁶⁹ Jugement de la Première Chambre civile de Santiago, 28 juillet 2008, pp. 9-10 (C-282).

¹⁷⁰ Sentence Initiale, para. 603.

¹⁷¹ Mémoire sur l'Annulation, para. 681.

TBI » et « que ce qui a constitué en fait (sinon dans la forme) la confiscation est intervenu avec la Décision n° 43 »¹⁷².

288. En ce qui concerne la première partie de cet argument, les Demanderesses avaient demandé au Tribunal de Nouvel Examen de décider que le Décret n° 165 était nul *ab initio*, « en connaissance de cause au lieu et place du Tribunal arbitral initial »¹⁷³. Il s'agissait d'une invitation à corriger la conclusion du Tribunal Initial. Même si les Demanderesses disculpent le Tribunal Initial de toute erreur en insistant sur le fait qu'elles n'auraient pas fait mieux, elles soutiennent néanmoins qu'il est apparu – *ex post* - qu'il avait eu « tort » de considérer que le Décret n° 165 était valide et, en conséquence, que l'expropriation était consommée. Le Comité ne trouve donc aucune preuve de partialité au détriment des Demanderesses dans la supposition du Tribunal de Nouvel Examen selon laquelle les Demanderesses ont estimé que le Tribunal Initial avait eu « tort » dans ses conclusions et leur demande a constitué en fait, bien qu'indirectement, une demande au Tribunal de Nouvel Examen de renverser les conclusions ayant autorité de la chose jugée de la Sentence Initiale.
289. De la même manière, le Tribunal de Nouvel Examen n'a pas dénaturé la demande des Demanderesses ni leur argument selon lequel il devrait accorder une indemnisation au titre de la violation du traitement juste et équitable, qui soit fondée sur la valeur des actifs confisqués, au motif qu'en raison du déni de justice, la décision du tribunal chilien n'avait pas été disponible à temps pour que le Tribunal Initial la prenne en considération. Cette demande a été correctement résumée par le Tribunal de Nouvel Examen au paragraphe 196 de la Sentence après Nouvel Examen :

[L]e déni de justice dont l'existence a été constatée par le Tribunal Initial, en raison des retards dans la procédure devant le Tribunal de Santiago relative à la rotative Goss, a eu pour conséquence principale de mettre les Demanderesses dans l'impossibilité d'invoquer un argument décisif selon lequel le Décret n° 165 était entaché d'une

¹⁷² Réplique sur l'Annulation, paras. 77, 79, 80, qui citent, notamment, Sentence après Nouvel Examen, para. 198 ; Mémoire sur l'Annulation, paras. 687-694.

¹⁷³ Réplique du 9 janvier 2015 (Nouvel Examen), para. 212 (C-40).

nullité absolue (*ex tunc*) et, de ce fait, ne pouvait pas produire d'effets juridiques. Toujours selon les Demanderesses, si elles avaient été en mesure de faire valoir cet argument, elles auraient pu récupérer les biens qui leur avaient été confisqués au Chili, ou, **tout au moins, elles auraient pu démontrer devant le Tribunal Initial que la confiscation de ces biens n'était pas un acte instantané définitivement consommé en 1975, mais qu'elle n'a en fait été consommée que plusieurs années plus tard, et le résultat en aurait été que la confiscation relevait bien de la compétence du Tribunal Initial au regard du TBI**, contrairement aux conclusions de la Sentence Initiale. Il s'ensuit, toujours selon les Demanderesses, que le préjudice subi par elles du fait du déni de justice est la perte de ce droit à compensation dans l'arbitrage initial, de sorte que c'est ce préjudice qu'elles peuvent maintenant invoquer dans la présente procédure.¹⁷⁴

290. Le Tribunal de Nouvel Examen a ensuite – implicitement mais certainement – rejeté cette thèse au paragraphe 198 de la Sentence après Nouvel Examen, dans lequel il a considéré que la position des Demanderesses était incompatible avec la conclusion du Tribunal Initial selon laquelle l'expropriation avait été consommée avec la saisie physique en 1975, ainsi qu'avec la Décision n° 43 qui prétendait accorder une indemnisation au titre d'une expropriation qui avait déjà eu lieu¹⁷⁵. Le Tribunal de Nouvel Examen n'a donc pas dénaturé la position des Demanderesses, et son traitement de la demande et de l'argument ne démontre pas non plus une quelconque partialité au détriment des Demanderesses.
291. La deuxième partie de l'argument des Demanderesses en ce qui concerne la prétendue partialité du Tribunal de Nouvel Examen mise en évidence par la quatrième phrase du paragraphe 198 concerne la supposition incriminée faite par le Tribunal de Nouvel Examen à propos de la conclusion des Demanderesses sur la Décision n° 43. Les Demanderesses reprochent au Tribunal de Nouvel Examen de supposer qu'elles ont considéré la Décision n° 43 comme l'acte d'expropriation, afin de la leur opposer. Cependant, en considérant, comme il le fait, les diverses « conclusions que les Demanderesses cherchent à en tirer, en

¹⁷⁴ Sentence après Nouvel Examen, para. 196 (caractères gras ajoutés).

¹⁷⁵ Sentence après Nouvel Examen, para. 198.

ce qui concerne les recours disponibles dans la présente procédure » et en faisant remarquer que « [s]elon le Tribunal, il n’y en a que deux », le Tribunal de Nouvel Examen ne cherche pas à attribuer aux Demanderesses une thèse qui n’était pas la leur, mais il considère tous les moyens possibles de concrétiser la position des Demanderesses d’une manière qui pourrait éventuellement justifier l’octroi d’une indemnisation. Ces raisons ne mettent en évidence aucune partialité.

292. En ce qui concerne *la cinquième phrase du paragraphe 198* de la Sentence après Nouvel Examen, les Demanderesses avaient soutenu au cours de la phase de nouvel examen que le Tribunal Initial avait considéré que le Décret n° 165 « faisait toujours partie de l’ordre juridique interne chilien, et, par voie de conséquence, que les dispositions de l’article 5 de l’API étaient inapplicables aux faits de confiscation »¹⁷⁶. Cette affirmation justifie la déclaration du Tribunal de Nouvel Examen dans la cinquième phrase du paragraphe 198 selon laquelle chaque argument relatif au caractère continu de l’expropriation et à l’effet de la Décision n° 43 « apparaît, sous diverses formes, dans les écritures des Demanderesses au cours de la présente procédure de nouvel examen ». Le Comité estime qu’il n’y a aucune partialité dans cette déclaration justifiant une annulation.
293. *La sixième phrase du paragraphe 198* de la Sentence après Nouvel Examen prépare les phrases suivantes et mentionne les « difficultés insurmontables » que rencontrent les propositions des Demanderesses, selon le Tribunal de Nouvel Examen. Dans *les septième et huitième phrases*, le Tribunal de Nouvel Examen résume correctement la décision du Tribunal Initial selon laquelle l’expropriation a été consommée en 1975 et ajoute qu’il n’a pas le pouvoir de « statuer sur un appel formé contre une telle conclusion ». Le Comité ne trouve aucun fondement justifiant une annulation de ces déclarations. En ce qui concerne la Décision n° 43, le Tribunal de Nouvel Examen réitère que les conclusions des Demanderesses sont incompatibles avec la chronologie établie par le Tribunal Initial et qu’elles sont elles-mêmes fondées sur un acte d’expropriation déjà intervenu. Ici également, ces déclarations ne dénaturent pas les conclusions du Tribunal Initial.

¹⁷⁶ Mémoire du 27 Juin 2014 (Nouvel Examen), para. 286 (C-8) (notes de bas de page omises).

294. Dans *la dernière phrase du paragraphe 198*, le Tribunal de Nouvel Examen fait une observation sur la prétendue nullité du Décret n° 165 au regard du droit chilien¹⁷⁷. Le Tribunal de Nouvel Examen estime 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 est, en droit, resté la propriété de M. Pey Casado et/ou de la Fondation – et le recours à ce titre pourrait relever de la sphère domestique, mais clairement pas du présent Tribunal dans le cadre de la présente procédure de nouvel examen ».
295. Les Demanderesses soutiennent que « la conséquence de ces contradictions étant de submerger les Demanderesses dans le déni de justice le plus absolu consistant en ce que la 2ème Sentence décline (§216) en faveur de 'la sphère domestique' la compétence pour porter remède au déni par l'État Chilien, depuis le 24 mai 1995, des droits des Demanderesses sur leur investissement que la Sentence initiale a déclaré sous la protection de l'API »¹⁷⁸.
296. Le Comité ne partage pas l'analyse des Demanderesses. Le Tribunal de Nouvel Examen ne renonce pas à exercer les pouvoirs dont il dispose par ailleurs, en faveur de la sphère domestique. Dans les phrases précédentes du paragraphe 198 et dans la dernière phrase elle-même, le Tribunal de Nouvel Examen déclare explicitement que, pour des raisons n'ayant absolument aucun lien avec un quelconque recours que les Demanderesses pourraient ou non avoir dans la sphère domestique, le Tribunal de Nouvel Examen ne peut pas, conformément au droit international applicable, accorder aux Demanderesses la réparation demandée. Par conséquent, bien que le Tribunal de Nouvel Examen puisse avoir eu tort en suggérant que « le recours [...] pourrait relever de la sphère domestique », une

¹⁷⁷ Initialement, le Tribunal de Nouvel Examen s'était référé à la Décision n° 43 et non au Décret n° 165. Il a rectifié cette erreur qui, selon lui, était « purement matérielle » au paragraphe 52 de sa Décision sur la Correction, conformément à la Requête en Correction des Demanderesses du 27 octobre 2016. Le Comité utilise la version corrigée de la Sentence après Nouvel Examen et n'examine pas les arguments des Demanderesses qui sont fondés sur la version non corrigée, comme dans le paragraphe 233 de la Requête en Annulation et les paragraphes 76 ss. de la Réplique sur l'Annulation.

¹⁷⁸ Requête en Annulation, para. 237.

telle déclaration ne constituait pas un déni de justice ni ne mettait en évidence une quelconque partialité au détriment des Demanderesses.

297. En fait, la Sentence après Nouvel Examen fait écho à la Sentence Initiale. Lorsqu'elle discute l'indemnisation octroyée par la Décision n° 43 à des personnes non-proprétaires en lieu et place de M. Pey Casado, que le Tribunal Initial avait reconnu être le véritable propriétaire et investisseur, la Sentence Initiale distingue clairement entre les sphères du droit national et du droit international. Elle relève : « [q]uoi qu'il en soit de la pertinence et de la valeur des éléments qui ont été retenus à cet égard en droit interne chilien, ces éléments ne peuvent prévaloir sur les considérations qui ont conduit le Tribunal arbitral aux conclusions précédemment énoncées, en application des dispositions de l'API »¹⁷⁹.
298. Le Tribunal Initial avait conclu que les Demanderesses avaient droit à une indemnisation au titre des conséquences de la violation par le Chili de son obligation de traiter celles-ci d'une manière juste et équitable en adoptant la Décision n° 43 en 2000, mais pas à une indemnisation au titre d'un fait internationalement illicite d'expropriation illégale. Celle-ci était exclue dans le droit international *ratione temporis*, mais pas nécessairement dans le droit national. C'est la raison pour laquelle les deux tribunaux ont exhorté le Chili à indemniser les Demanderesses et à « rétablir la légalité et réparer les dommages causés par le régime militaire » compte tenu de l'« invalidité des confiscations »¹⁸⁰. Le Tribunal Initial n'a aucun doute quant à l'illégalité de l'expropriation au regard du droit chilien ni quant au droit à indemnisation au regard du droit chilien, mais il ne voit aucune possibilité de réparer les dommages au regard du droit international, étant donné l'inapplicabilité « *ratione temporis* des obligations de fonds contenues dans l'API »¹⁸¹.
299. C'est ce que le Tribunal de Nouvel Examen exprime dans la dernière phrase du paragraphe 198 de sa Sentence après Nouvel Examen. Il ne viole pas l'autorité de la chose jugée de la

¹⁷⁹ Sentence Initiale, para. 669.

¹⁸⁰ Sentence Initiale, paras. 667-668, 669.

¹⁸¹ Sentence Initiale, para. 577.

Sentence Initiale, bien au contraire il s’y soumet. Le Comité estime qu’il n’y aucune partialité dans une décision qui respecte l’autorité de la chose jugée.

300. En somme, la perception d’une injustice par les Demanderesses résulte en réalité du fait qu’une expropriation menée avec violence par un régime militaire, qui est illicite, illégale et anticonstitutionnelle au regard du droit national, ne soit pas sanctionnée par un tribunal arbitral international. Toutefois, de l’avis du Comité, ce résultat n’est pas imputable au Tribunal de Nouvel Examen, mais à la décision ayant autorité de la chose jugée du Tribunal Initial sur l’applicabilité de la loi sur l’expropriation au regard du droit international, qui elle-même renvoie aux difficultés inhérentes à l’introduction d’une demande sur le fondement d’un TBI pour des faits dont l’origine est antérieure à l’entrée en vigueur de ce TBI.

B. LA NOMINATION DE M. ALEXIS MOURRE ET L’APPROCHE DU TRIBUNAL DE NOUVEL EXAMEN FACE AUX DEMANDES TENDANT À SA RÉCUSATION PRÉSENTÉES PAR LES DEMANDERESSES

(1) La position des Demanderesses

301. Les Demanderesses ont invoqué trois motifs d’annulation en ce qui concerne la nomination de M. Mourre par le Chili, et l’absence de décision du Tribunal de Nouvel Examen sur sa récusation :
- (a) vice dans la constitution du Tribunal (article 52(1)(a)) ;
 - (b) excès de pouvoir manifeste du Tribunal (article 52(1)(b)) ; et
 - (c) inobservation grave d’une règle fondamentale de procédure (article 52(1)(d)).

Dans leur Réplique sur l’Annulation, les Demanderesses ont retiré leur demande fondée sur le défaut de motifs¹⁸².

¹⁸² Réplique sur l’Annulation, para. 260.

302. En ce qui concerne le vice dans la constitution du Tribunal, les Demanderesses avancent les arguments suivants.
303. Au cours du premier arbitrage, le Chili a perdu son droit de nommer l'un des arbitres lorsque l'arbitre qu'il avait nommé a démissionné sans l'assentiment du Tribunal. Cette démission a déclenché l'application de l'article 56(3) de la Convention CIRDI, qui dispose que, dans de telles circonstances, le « Président [du Conseil administratif] pourvoit à la vacance en prenant un nom sur la liste appropriée ».
304. L'objectif de l'article 56(3) de la Convention CIRDI est, selon une note explicative du Secrétariat du CIRDI, « *to lessen the possibility of a party inducing an arbitrator appointed by it to resign, so as either to enable his replacement by a more tractable person or merely to delay the proceeding* »¹⁸³.
305. L'objectif justifie l'exception au principe normal, selon lequel les vacances doivent être pourvues de la même manière que les nominations initiales. Il reflète, selon les termes employés par A. Broches, « *the suspicion that the party [that made the original appointment] may not be a stranger to the resignation* ». Il sert « *not only the principles of non-frustration and expediency but also the principle of the immutability* »¹⁸⁴.
306. En l'espèce, les Demanderesses soutiennent que la suspicion générale s'est matérialisée par le biais du comportement du Chili devant le Tribunal Initial. Le Chili a dû admettre devant le Secrétariat du CIRDI que l'arbitre désigné par lui – selon les termes employés par la Sentence Initiale :

[A]vait cru pouvoir communiquer [le projet de décision partielle proposé par le Président] à la partie qui l'avait désigné, au mépris de l'obligation, incontestée, de la confidentialité des documents de travail du Tribunal et du secret des délibérations. L'existence de cette violation n'est

¹⁸³ Telle que citée dans la Requête en Annulation, para. 63.

¹⁸⁴ Christoph H. Schreuer, *The ICSID Convention - A Commentary* (2^{ème} éd.), Cambridge University Press 2009, Article 56, paras. 35, 37 (dans lesquels M. Broches est cité) (CL-387). Les Demanderesses s'appuient sur ces textes dans la Requête en Annulation, paras. 63-64, la Réplique sur l'Annulation, paras. 296 ss., et pendant les plaidoiries : Tr. Jour 1 (12 mars 2019), pp. 81 s.

pas contestée, mais au contraire reconnue par la défenderesse. Le doute subsiste seulement sur la question de savoir qui en a pris l'initiative mais il n'incombe pas au présent Tribunal arbitral de se prononcer à ce sujet, malgré les protestations et demandes présentées au CIRDI par les demanderesses »¹⁸⁵.

307. Le comportement du Chili a été qualifié par le Tribunal Initial d'« incidents parfois incompatibles avec les usages de l'arbitrage international »¹⁸⁶.
308. Ces conclusions ont été confirmées par le Premier Comité. Elles ont autorité de la chose jugée¹⁸⁷.
309. Les Demanderesses soutiennent donc que le Chili a perdu son droit de nommer un arbitre pour l'ensemble de la procédure, en ce compris la Procédure de Nouvel Examen¹⁸⁸, qui n'est que « le prolongement de l'arbitrage initial », comme cela est explicitement reconnu dans la Sentence après Nouvel Examen¹⁸⁹. Au lieu de cela, le droit et l'obligation de nommer l'arbitre qui, dans des circonstances normales, aurait dû être nommé par le Chili, avait été, dès la date de la démission, transféré au Président du Conseil administratif.
310. Cela est également conforme à l'article 55(2)(d) du Règlement d'arbitrage du CIRDI, aux termes duquel le Secrétaire général, dès réception d'une requête en annulation, invite les parties à procéder à la constitution d'un nouveau Tribunal, composé du même nombre d'arbitres, « nommés de la même manière, que pour le Tribunal initial ». Les articles 50(2) et 51(3) de la Convention CIRDI et les articles 51(3) et 55(2) du Règlement d'arbitrage du CIRDI utilisent les termes « tribunal initial », « tribunal ayant statué », « *original tribunal* » et « *tribunal which rendered the award* » de manière interchangeable. La référence au Tribunal « initial » qui figure à l'article 55(2)(d) du Règlement d'arbitrage du

¹⁸⁵ Sentence Initiale, paras. 36-37.

¹⁸⁶ Sentence Initiale, para. 729.

¹⁸⁷ Requête en Annulation, paras. 54 ss.

¹⁸⁸ Requête en Annulation, paras. 48 ss. ; Mémoire sur l'Annulation, paras. 89 ss. ; Réplique sur l'Annulation, paras. 257 ss. ; Tr. Jour 1 (12 mars 2019), pp. 84 ss.

¹⁸⁹ Sentence après Nouvel Examen, para. 188.

CIRDI doit donc être interprétée comme une référence au Tribunal ayant rendu la sentence¹⁹⁰.

311. Les décisions ayant conduit à la nomination de M. Mourre et à son maintien en qualité de membre du Tribunal de Nouvel Examen ont été prises en dépit des objections systématiques des Demanderesses à chacune des étapes et décisions du Centre, du Tribunal et de M. Mourre¹⁹¹.

312. En somme, les Demanderesses soutiennent que :

[L]e Centre et, par extension, le Tribunal, auraient dû prendre en compte, au moment de la constitution du tribunal de resoumission, le fait que la Défenderesse avait perdu le droit de nommer un arbitre suite à la démission de M. Franco au cours de la procédure initiale avec la réprobation du Tribunal initial. Le fait d'avoir autorisé la Défenderesse à procéder à la nomination d'un arbitre en la personne de M. Mourre affecte la constitution du TR d'un vice au sens de l'article 52(1)(a) de la Convention¹⁹².

313. En ce qui concerne l'excès de pouvoir manifeste, les Demanderesses avancent les arguments suivants.

314. En premier lieu, le Tribunal de Nouvel Examen a violé l'article 55(3) du Règlement d'arbitrage du CIRDI, qui dispose que le « nouveau Tribunal ne procède pas à un nouvel examen de toute partie non annulée de la sentence ».

315. Au cours du premier arbitrage, le Tribunal avait décidé que l'arbitre nommé par la Défenderesse avait agi d'une manière inappropriée et avait démissionné sans l'assentiment des autres arbitres, de telle sorte que le Chili avait provoqué des incidents qui étaient contraires aux bonnes pratiques de l'arbitrage international, et que le Président du Conseil

¹⁹⁰ Mémoire sur l'Annulation, paras. 93-102.

¹⁹¹ Requête en Annulation, paras. 74-85 ; Mémoire sur l'Annulation, paras. 114-119.

¹⁹² Réplique sur l'Annulation, paras. 311-312.

administratif avait pourvu la vacance qui en était résultée en nommant le Professeur Gaillard. Toutes ces conclusions ont autorité de la chose jugée.

316. Les Demanderesses soutiennent que le Tribunal de Nouvel Examen a enfreint l'autorité de la chose jugée attachée à la Sentence Initiale et a pris une nouvelle décision, s'arrogeant ainsi un pouvoir qu'il n'a pas :

[O]r l'arbitre ayant rempli la place du Professeur Emmanuel Gaillard, M. Alexis Mourre, a été nommé par l'État Défendeur en enfreignant l'autorité de la chose jugée de la Sentence du 8 mai 2008, notamment celle des §§34, 35, 36, 37, 729 en rapport avec les paras. 5 à 7 du Dispositif, la décision du 25 avril 2006 du Tribunal arbitral initial et le §359(4) de la Décision du 18 décembre 2012 du Comité ad hoc, obligatoires pour les parties¹⁹³.

317. En deuxième lieu, les Demanderesses ont demandé au Tribunal de trancher la question de la nomination irrégulière de M. Mourre au moment de la discussion de l'Ordonnance de procédure n° 1. Au lieu de répondre à cette question conformément au pouvoir qui lui est conféré par les articles 41(1) et 44 de la Convention CIRDI, le Tribunal a simplement rejeté la demande :

Lors de la première session, les Demanderesses, bien qu'ayant indiqué ne pas demander la récusation de l'arbitre nommé par la Défenderesse, ont néanmoins demandé au Tribunal de décider si l'arbitre concerné avait été dûment nommé conformément à la Convention et au Règlement d'arbitrage, et, si tel n'était pas le cas, d'inviter celui-ci à démissionner ; la Défenderesse soutenait en revanche que l'arbitre en question avait été nommé conformément à l'article 37(2)(b) de la Convention. En l'absence d'une demande de récusation au sens de la Convention et du Règlement d'arbitrage, le Tribunal estime ne pas avoir été appelé à statuer sur cette question.¹⁹⁴

¹⁹³ Requête en Annulation, para. 76 (notes de bas de page omises) ; Réplique sur l'Annulation, paras. 323 ss.

¹⁹⁴ Projet d'Ordonnance de procédure n° 1, para. 2.2 (RA-0150).

318. Les Demanderesses soutiennent que, étant donné qu'un refus d'exercer un pouvoir qui existe en fait constitue autant un excès de pouvoir que l'exercice d'un pouvoir qui n'existe pas, la décision du Tribunal « de ne pas trancher par la voie de l'article 44 de la Convention la question relative à la nomination irrégulière de l'un des arbitres, [...] constitue un tel excès de pouvoir manifeste »¹⁹⁵.
319. En ce qui concerne l'inobservation grave d'une règle fondamentale de procédure, les Demanderesses avancent les arguments suivants.
320. Le Tribunal de Nouvel Examen a rejeté la demande des Demanderesses de prendre des mesures quant à l'irrégularité de la nomination de M. Mourre, en déclarant qu'il leur appartenait d'engager une telle action en demandant sa récusation conformément à l'article 57 de la Convention CIRDI. L'article 57 dispose que la récusation peut être demandée pour tout motif impliquant « un défaut manifeste des qualités requises par l'article 14, alinéa (1) » ou lorsque l'arbitre « ne remplissait pas les conditions fixées à la section 2 du chapitre IV pour la nomination au Tribunal arbitral ».
321. Cependant, les Demanderesses ont constamment soutenu que leur refus d'accepter la nomination de M. Mourre n'était aucunement fondé sur l'une quelconque de ses qualités personnelles mais sur le fait qu'il avait été nommé par une partie qui avait perdu son droit de le nommer. Par conséquent, « en imposant aux Demanderesses d'avoir recours à une procédure inapplicable pour trancher la question de procédure relative à la nomination de ce troisième arbitre le Tribunal a manqué aux règles du procès équitable »¹⁹⁶.
322. Il semble que les Demanderesses étendent au Centre leur allégation d'une inobservation grave d'une règle fondamentale de procédure, lorsqu'elles soutiennent qu'elles « voient dans cette décision [inciter les Demanderesses à recourir à l'article 57] **du Centre** et du Tribunal l'observation grave d'une règle de procédure fondamentale »¹⁹⁷.

¹⁹⁵ Réplique sur l'Annulation, para. 320.

¹⁹⁶ Réplique sur l'Annulation, para. 341 ; Tr. Jour 1 (12 mars 2019), p. 84.

¹⁹⁷ Réplique sur l'Annulation, para. 336 (caractères gras ajoutés).

(2) La position de la Défenderesse

323. La Défenderesse réfute la demande et les arguments des Demanderesses et soutient qu'aucun des motifs d'annulation évoqués à propos de la nomination de M. Mourre n'est fondé.
324. En ce qui concerne le vice dans la constitution du Tribunal, la Défenderesse avance les arguments suivants.
325. L'article 52(6) de la Convention CIRDI « *identifies a closed list of Convention provisions that govern the process of constituting a resubmission tribunal* », ce qui signifie que d'autres articles, tel que l'article 56(3), ne sont pas applicables¹⁹⁸. Même si la Procédure de Nouvel Examen est le prolongement de l'arbitrage initial, le Tribunal de Nouvel Examen n'est pas le prolongement du tribunal de l'arbitrage initial. Il est un nouveau tribunal, comme cela est expressément indiqué à l'article 52(6) de la Convention CIRDI et à l'article 55(2)(d) du Règlement d'arbitrage du CIRDI. Ce nouveau tribunal doit être constitué conformément aux articles 37 à 40 de la Convention CIRDI. Les termes non ambigus de l'ensemble des dispositions et leur finalité ne laissent subsister aucun doute quant au fait qu'il n'y a pas de place pour l'application d'une quelconque autre norme telle que l'article 56(3) de la Convention CIRDI, que ce soit « *by analogy or otherwise* »¹⁹⁹.
326. En tout état de cause, l'article 56(3) ne peut pas s'appliquer à la constitution d'un tribunal car il concerne une situation qui est apparue après une telle constitution, c'est-à-dire la démission d'un arbitre et la vacance en résultant, et non la situation qui existe au début de la constitution du tribunal. En outre, ses termes clairs limitent son application à une seule et unique nomination et au remplacement d'un arbitre particulier. La théorie des Demanderesses selon laquelle une partie ayant nommé un arbitre serait privée de son droit de nommer à nouveau des arbitres dans toute nouvelle procédure ultérieure contredit non seulement le sens ordinaire des termes des articles 56(3), 52(6) et 37 à 40 de la Convention CIRDI, mais également leur finalité qui est, d'une part, d'établir des règles générales

¹⁹⁸ Duplique sur l'Annulation, para. 25.

¹⁹⁹ Tr. Jour 3 (14 mars 2019), p. 698 (version anglaise) ; Contre-Mémoire sur l'Annulation, paras. 288 ss.

relatives à la constitution d'un nouveau tribunal et, d'autre part, de réagir face à une situation particulière qui se produit ultérieurement²⁰⁰.

327. Les Demanderesses interprètent l'article 55(2)(d) du Règlement d'arbitrage du CIRDI, qui régit la composition d'un nouveau tribunal après une annulation, à la lumière de l'article 51 du Règlement d'arbitrage du CIRDI, qui concerne l'interprétation et la révision. Il est toutefois utile que ce soit le tribunal qui a rendu la sentence qui procède à la révision et à l'interprétation de celle-ci et c'est seulement dans le cas où cela n'est pas possible qu'un nouveau tribunal sera constitué. La constitution d'un nouveau tribunal après une annulation est intrinsèquement différente²⁰¹.
328. Le Centre et le Tribunal de Nouvel Examen ont donc respecté la procédure prévue dans la Convention CIRDI et le Règlement d'arbitrage du CIRDI relative à la constitution du Tribunal de Nouvel Examen, et « *there is no basis whatsoever for Claimants' assertion that Chile was not entitled to appoint an arbitrator to the Resubmission Tribunal, and any annulment claim that rests on that premise must therefore be rejected* »²⁰².
329. En ce qui concerne l'excès de pouvoir manifeste, la Défenderesse avance les arguments suivants.
330. En premier lieu, les explications du Tribunal Initial sur la démission d'un arbitre qui figurent aux paragraphes 34-37 de la Sentence Initiale et sa déclaration au paragraphe 729 sur les prétendues manœuvres dilatoires du Chili ne constituent pas une décision ayant force obligatoire et autorité de la chose jugée en ce qui concerne la nomination d'un arbitre dans la Procédure de Nouvel Examen. Par conséquent, ni le Centre ni le Tribunal de Nouvel Examen n'ont commis un excès de leur pouvoir lorsqu'ils ont accepté la nomination de M. Mourre²⁰³.

²⁰⁰ Contre-Mémoire sur l'Annulation, para. 291 ; Duplique sur l'Annulation, paras. 21 ss.

²⁰¹ Contre-Mémoire sur l'Annulation, paras. 294-295.

²⁰² Duplique sur l'Annulation, para. 29.

²⁰³ Contre-Mémoire sur l'Annulation, paras. 305-310.

331. En deuxième lieu, le Tribunal de Nouvel Examen n'a pas manqué d'exercer le pouvoir qui lui est conféré par les articles 41(1) et 44 de la Convention CIRDI. Il a rendu une décision sur sa compétence conformément à l'article 41(1) lorsqu'il a conclu qu'aucune mesure n'était requise en ce qui concerne la nomination de M. Mourre en l'absence d'une demande formelle de récusation²⁰⁴.
332. En outre, le Tribunal de Nouvel Examen a conduit la procédure conformément à la Convention et aux Règlements du CIRDI lorsqu'il a respecté les directives de la Convention selon lesquelles les parties constituent le tribunal conformément au chapitre IV, section 2, « *which is exactly what was done, with the Centre's blessing* ». Étant donné qu'il n'y avait pas de question non prévue par la Convention ni de « *lacuna* », il n'y avait pas lieu à une décision du Tribunal conformément à l'article 44 de la Convention CIRDI²⁰⁵.
333. En ce qui concerne l'inobservation grave d'une règle fondamentale de procédure, la Défenderesse avance les arguments suivants.
334. Les Demanderesses ont soutenu que le Tribunal de Nouvel Examen, en exigeant d'elles qu'elles présentent une demande en récusation de M. Mourre sur le fondement de l'article 57 de la Convention CIRDI, a commis d'une inobservation grave d'une règle fondamentale de procédure simplement parce qu'une telle demande n'aurait pas été appropriée. Elles n'ont ni précisé quelle règle fondamentale de procédure elles visaient hormis une autre simple allégation de non-respect de la garantie d'une procédure régulière, ni indiqué en quoi consistait l'inobservation. « *This is plainly not sufficient* » pour demander une annulation²⁰⁶.
335. En outre, la Défenderesse soutient que le Tribunal de Nouvel Examen a agi comme il convenait lorsqu'il a invité les Demanderesses à présenter une demande formelle sans laquelle il ne serait pas autorisé à se prononcer sur la question en invitant soit M. Mourre à démissionner, soit le Président du Conseil administratif à nommer un autre arbitre, étant

²⁰⁴ Contre-Mémoire sur l'Annulation, para. 303.

²⁰⁵ Contre-Mémoire sur l'Annulation, para. 304.

²⁰⁶ Duplique sur l'Annulation, para. 31.

donné qu'il n'existe « *simply no mechanism in the body of ICSID norms that enables arbitrators to fire a co-arbitrator* »²⁰⁷. En fait, une demande formée conformément à l'article 57 de la Convention CIRDI ne permet pas seulement d'examiner les qualités personnelles requises d'un arbitre par l'article 14 de la Convention CIRDI, mais aussi de déterminer s' « il ne remplissait pas les conditions [...] pour la nomination ». C'est exactement sur ce point que portait le grief des Demanderesses. En d'autres termes, l'invitation du Tribunal à soumettre une demande sur le fondement de l'article 57 de la Convention CIRDI ne constituait pas une inobservation d'une règle de procédure, mais indiquait la manière appropriée sur le plan procédural de déclencher une décision formelle sur le caractère licite de la nomination de M. Mourre²⁰⁸.

C. LES DEMANDES EN RÉCUSATION DE SIR FRANKLIN BERMAN ET DE M. V.V. VEEDER, LEUR PRÉTENDU MANQUE MANIFESTE D'IMPARTIALITÉ, LEUR PRÉTENDU MANQUEMENT À L'OBLIGATION DE DIVULGATION DES INFORMATIONS, D'EXAMINER DES FAITS PERTINENTS ET D'ORDONNER AU CHILI LA PRODUCTION DE DOCUMENTS, ET LEUR PRÉTENDU COMPORTEMENT APRÈS LA DEUXIÈME DEMANDE EN RÉCUSATION

(1) La position des Demanderesses

336. Le récit par les Demanderesses des événements, de la conduite, des décisions et des circonstances qui justifient, selon elles, l'annulation de la Sentence après Nouvel Examen du 13 septembre 2016, en raison de la participation de Sir Franklin Berman en qualité de président et de M. V.V. Veeder en qualité d'arbitre au sein du Tribunal de Nouvel Examen, couvre une période qui commence avec la nomination de Sir Franklin Berman le 24 décembre 2013 et de M. Veeder le 31 janvier 2014²⁰⁹, et qui continue avec :

²⁰⁷ Contre-Mémoire sur l'Annulation, para. 303.

²⁰⁸ Duplique sur l'Annulation, para. 32.

²⁰⁹ Sentence après Nouvel Examen, para. 28.

- la décision du Tribunal du 21 novembre 2016 de refuser la communication d'autres informations sur l'impartialité du Président Berman et de M. Veeder²¹⁰ ;
- la lettre du Président Berman du 1^{er} mars 2017, dans laquelle il refuse de se prononcer sur la deuxième demande en récusation de M. Veeder²¹¹ ;
- deux Décisions du Président du Conseil administratif du 21 février 2017 et du 13 avril 2017, rejetant les demandes en récusation du Président Berman et de M. Veeder ;

et qui prend fin avec une décision du Tribunal de Nouvel Examen du 15 juin 2017 rejetant une demande de communication d'informations par le Chili sur des paiements faits aux Essex Court Chambers²¹².

337. Les Demanderesses exposent des faits et des événements différents pour des motifs d'annulation différents :

- La nomination et le maintien de la qualité de membres au sein du Tribunal de Nouvel Examen du Président Berman et de M. V.V. Veeder représentent un vice dans la constitution du Tribunal (article 52(1)(a) de la Convention CIRDI) et une inobservation grave d'une règle fondamentale de procédure (article 52(1)(d) de la Convention CIRDI)²¹³.
- La décision du Tribunal de Nouvel Examen du 21 novembre 2016 « constitue une infraction grave à la règle de procédure établie à la Règle 6(2) [...] et elle comporte l'annulabilité de la Sentence du 13 septembre 2016 pour le même motif »²¹⁴.

²¹⁰ Lettre du CIRDI communiquant la Décision du Tribunal de Nouvel Examen, 21 novembre 2016 (C-135); *voir aussi* Requête en Annulation, paras. 110-118.

²¹¹ Lettre de Sir Franklin Berman au Secrétaire général du CIRDI, 1^{er} mars 2017 (C-160) ; *voir aussi* Requête en Annulation, paras. 166-172.

²¹² Proposition des Demanderesses au Tribunal de Nouvel Examen aux fins de divulgation, 9 juin 2017, (C-135) ; *voir aussi* Requête en Annulation, paras. 181-184.

²¹³ Mémoire sur l'Annulation, para. 234 ; Réplique sur l'Annulation, paras. 500, 505.

²¹⁴ Requête en Annulation, para. 117.

- La lettre du Président Berman du 1^{er} mars 2017 « constitue une inobservation grave des articles 57 et 58 de la Convention, un excès de pouvoir, une inobservation grave d'une règle fondamentale de procédure et un défaut de motifs »²¹⁵.

- La Décision du Président du Conseil administratif en date du 21 février 2017 :

[C]onstitue une inobservance grave de la Règle n° 6 et un excès de pouvoir ne pouvant pas valider le vice existant dans la constitution du Tribunal arbitral dans l'étape processuelle régie par l'article 49(2) de la Convention, le manque d'impartialité et de neutralité des arbitres, et son inobservance grave des règles de procédure applicables lors du traitement de la proposition de récusation du 22 novembre 2016²¹⁶.

- La Décision du Président du Conseil administratif en date du 13 avril 2017 :

[C]onstitue une inobservance grave des obligations établies à la Règle n° 6 et à l'art. 14(1) de la Convention, et un excès de pouvoir ne pouvant pas valider, le vice dans la constitution du Tribunal arbitral lors de l'étape processuelle régie par l'article 49(2) de la Convention, le manque de neutralité et d'impartialité de M. Veeder et l'inobservance grave des règles de procédure applicables lors du traitement de la proposition de récusation de M. Veeder du 23 février 2017²¹⁷.

- La Décision du Président du Conseil administratif en date du 13 avril 2017 :

[C]onstitue une inobservation grave des articles 57 et 58 de la Convention, un excès de pouvoir, avec défaut de motifs, ne pouvant pas valider le vice dans la constitution du Tribunal arbitral lors de l'étape processuelle régie par l'article 49(2) de la Convention, le manque de neutralité et d'impartialité de M. Berman et l'inobservance grave des règles de procédure applicables lors du traitement des

²¹⁵ Requête en Annulation, titre avant le para. 166.

²¹⁶ Requête en Annulation, para. 139.

²¹⁷ Requête en Annulation, para. 165 ; les termes initiaux de la Requête ont été corrigés par les Demanderesses au cours de l'Audience : Cf. Tr. Jour 3 (14 mars 2019), p. 22.

propositions de récusation de M. Berman des 28 février et 4 mars 2017²¹⁸.

- La décision du Tribunal du 15 juin 2017 constitue un « excès de pouvoir, défaut de motifs et manquement à une règle fondamentale de procédure »²¹⁹.
- 338. En somme, les Demanderesses soutiennent que toutes les circonstances, considérées ensemble, justifient l'annulation de la Sentence après Nouvel Examen sur le fondement des articles 52(1)(a), (b), (d) et (e) de la Convention CIRDI, cumulativement ou individuellement.
- 339. En ce qui concerne le vice dans la constitution du Tribunal, les Demanderesses avancent les arguments suivants.
- 340. Des relations professionnelles étroites existaient entre le Chili et les Essex Court Chambers « depuis au moins une dizaine d'années », c'est-à-dire tout au long de la Procédure de Nouvel Examen et avant et après celle-ci. Ces relations ont généré un revenu substantiel et régulier pour les Essex Court Chambers de « plusieurs millions voire dizaine de millions de dollars », dont le Président Berman et M. Veeder, en leur qualité de membres, ont bénéficié au moins indirectement. Le Chili était « un client d'importance stratégique »²²⁰.
- 341. Le fait que des membres des Essex Court Chambers aient agi non seulement pour mais également contre le Chili est sans pertinence pour l'analyse car il « n'explique ni n'excuse l'absence de révélation par MM. Veeder et Berman, ou par la Défenderesse, des liens existant entre certains membres des Essex Court Chambers et la République du Chili »²²¹.
- 342. Ce sont des circonstances qui auraient dû les inciter tous deux à refuser leur nomination ou à démissionner de leurs fonctions de membres du Tribunal de Nouvel Examen, conformément aux « Lignes Directives de l'IBA sur les Conflits d'Intérêts dans l'Arbitrage

²¹⁸ Requête en Annulation, para. 173 (caractères gras et soulignement omis) ; les termes initiaux de la Requête ont été corrigés par les Demanderesses au cours de l'Audience : Cf. Tr. Jour 3 (14 mars 2019), p. 22.

²¹⁹ Requête en Annulation, titre précédant le para. 176.

²²⁰ Réplique sur l'Annulation, paras. 426-428.

²²¹ Réplique sur l'Annulation, paras. 386.

International ». Leur conflit d'intérêts correspond à la situation typique décrite à l'article 1.4 comme faisant partie de la *Non-Waivable Red List*, lorsqu'un arbitre tire un revenu financier substantiel de services de conseil que lui-même ou son cabinet dispense à une partie. Les Essex Court Chambers doivent être assimilées à un cabinet d'avocats, car elles se présentent comme un cabinet d'avocats dans lesquels les *barristers* n'agissent plus de manière indépendante²²².

343. Même si on suit le concept des Lignes Directives de l'IBA, selon lequel « *barristers' chambers should not be equated with law firms for the purposes of conflicts, and no general standard is proffered for barristers' chambers* », les mêmes Lignes Directives prévoient que « *disclosure may be warranted in view of the relationships among barristers, parties or counsel* »²²³. En fait, tant la « *Waivable Red List* » que l'« *Orange List* » exigent une divulgation complète, comme le confirment largement la doctrine et la jurisprudence²²⁴.
344. L'obligation de divulgation dans des situations où existent des relations professionnelles est couramment acceptée dans la jurisprudence, la doctrine et les lignes directrices sur l'éthique et la conduite professionnelle des arbitres. Dans ce sens, le comité *ad hoc* dans *Vivendi c. Argentine (II)* a estimé – tout comme d'autres comités - que « *it is for the arbitrator personally first to consider such a connection in terms of a voluntary resignation as arbitrator. Such connection must otherwise be properly disclosed to the parties through an adequate amendment of earlier declarations under Rule 6* »²²⁵.
345. Cette obligation de divulgation s'étend également aux informations accessibles au public car les arbitres, comme cela a été expliqué dans *Tidewater c. Venezuela*, sont mieux placés pour recueillir et évaluer les informations exactes que les parties, qui devraient procéder à

²²² Mémoire sur l'Annulation, paras. 174, 183 ss. ; Réplique sur l'Annulation, paras. 438-461.

²²³ Lignes Directives de l'IBA, Explication de la Règle générale 6.

²²⁴ Mémoire sur l'Annulation, paras. 175-201.

²²⁵ *Compañía de Aguas del Aconquija S.A. et Vivendi Universal S.A. c. République argentine*, Affaire CIRDI ARB/97/3 (« *Vivendi c. Argentine (II)* »), Décision sur la Requête de la République argentine tendant à l'annulation de la Sentence rendue le 20 août 2007, 10 août 2010, para. 226 (C-107) ; les Demanderesses se fondent également sur *Merck Sharp & Dohme c. République d'Équateur*, Affaire CPA AA442, Décision sur la Demande en récusation de l'arbitre Stephen M. Schwebel, 10 août 2012, para. 83 (C-106).

des recherches difficiles et intrusives « *and rely on indirect and not always reliable sources* »²²⁶.

346. Dans les circonstances de l'espèce, deux aspects liés l'un à l'autre suscitent des doutes sérieux et objectifs quant à l'impartialité et l'indépendance du Président Berman et de M. Veeder, comme l'exige l'article 14 de la Convention CIRDI, ainsi qu'une suspicion objectivement fondée selon laquelle ils chercheraient à statuer en faveur du Chili : en premier lieu, les relations professionnelles étroites qui existent entre le Chili et les Essex Court Chambers, dont ils ont bénéficié, et, en second lieu, le fait de ne pas avoir procédé à une enquête sur ces relations et de ne pas les avoir révélées, ce qui – selon les termes de l'article 4.1 des « Règles d'éthique de l'IBA applicables aux arbitres internationaux » – « *creates an appearance of bias, and may of itself be a ground for disqualification* ».
347. Il est vrai que, avant leur nomination, le Président Berman et M. Veeder ont tous deux révélé qu'ils étaient membres des Essex Court Chambers et que, pendant la procédure de récusation devant le Président du Conseil administratif, ils n'ont pas eu et n'auraient pas dû avoir connaissance des relations entre le Chili et d'autres membres de leurs *Chambers*. Ces déclarations sont reproduites dans la « Décision sur la demande de récusation de Sir Franklin Berman QC et M. V.V. Veeder QC » du Président en date du 21 février 2017, aux paragraphes 13 et 14. Selon les allégations des Demanderesses, elles constituent « des tromperie[s] » et sont « mensongère[s] » :

Que les arbitres n'aient pas connaissance des montants précis en cause peut se comprendre. Qu'ils prétendent n'avoir pas eu connaissance de l'intervention de leurs collègues pour la République du Chili relève en revanche de la gageure.²²⁷

348. Selon les Demanderesses, non seulement le Président Berman et M. Veeder n'ont pas révélé complètement la relation de longue date, étroite et lucrative de leurs *Chambers* avec

²²⁶ *Tidewater Inc., Tidewater Investment SRL, Tidewater Caribe, C.A., et al. c. République bolivarienne du Venezuela*, Affaire CIRDI ARB/10/5, Décision sur la Demande de récusation du Professeur Brigitte Stern, Arbitre, présentée par les Demanderesses, 23 décembre 2010, para. 17 (C-105).

²²⁷ Réplique sur l'Annulation, paras. 469, 493 ; voir aussi Requête en Annulation, para. 157.

le Chili, ils ont aussi refusé avec obstination, de manière frauduleuse et de mauvaise foi d'entreprendre ou même de faciliter une enquête approfondie sur cette relation²²⁸.

349. Un tel comportement ne laisse aucun doute sur le fait que le Président Berman et M. Veeder sont tous deux manifestement dénués des qualités requises par l'article 14(1) de la Convention CIRDI et qu'ils ne peuvent pas « offrir toute garantie d'indépendance dans l'exercice de leurs fonctions ». En fait, le doute et la suspicion se sont amplement matérialisés, les deux arbitres ayant fait preuve d'une partialité systématique en faveur du Chili.
350. Pour ces raisons, le Président Berman et M. Veeder doivent tous deux être récusés, le Tribunal de Nouvel Examen n'a pas été régulièrement constitué et le Comité *ad hoc* doit annuler la Sentence.
351. Le Comité *ad hoc* a le pouvoir et le devoir de procéder ainsi.
352. Il est vrai que le Président du Conseil administratif a formellement rejeté la demande en récusation à deux reprises et pour des raisons différentes, dans ses deux Décisions « sur la demande de récusation de M. V.V. Veeder QC et Sir Franklin Berman QC », en date du 21 février 2017 et du 13 avril 2017. Il est également vrai que d'autres comités *ad hoc* – par exemple dans *EDF c. Argentine* et *Suez c. Argentine* – ont estimé que, dans de telles circonstances :

[T]he role of an ad hoc committee is not to determine whether or not an arbitrator possesses the requisite qualities of independence and impartiality; Articles 57 and 58 entrust that function to the remaining members of the tribunal, or to the Chairman of the Administrative Council. Only if the matter is raised for the first time after the proceedings are

²²⁸ Requête en Annulation, paras. 86-174 ; Mémoire sur l'Annulation, paras. 204-226 ; Réplique sur l'Annulation, paras. 492-497.

*closed does the ad hoc committee become the primary decision-maker in respect of this issue;*²²⁹

et :

*[A] decision has been made on this issue [of the proper constitution of the Tribunal] in the underlying proceedings and in light of the context as well as the object and purpose of the annulment proceeding, it is not for this Committee to perform a de novo review of any issues decided in the underlying proceedings.*²³⁰

353. Cependant, dans les circonstances de l'espèce, une décision *de novo* sur la récusation et, donc, sur la constitution irrégulière du Tribunal est nécessaire, car les Décisions du Président du Conseil administratif :

- ont été prises après la Procédure de Nouvel Examen ;
- n'ont pas pris en compte les arguments de fond et se sont concentrées sur des considérations purement procédurales et, de ce fait, sont dépourvues de l'autorité de la chose jugée, au moins en ce qui concerne la Décision du 21 février 2017 ;
- n'ont pas pu prendre en considération des faits qui ne sont apparus qu'après les décisions du Président du Conseil administratif ; et
- sont intenable et manifestement déraisonnables²³¹.

354. Les comités *ad hoc* dans *EDF c. Argentine* et *Suez c. Argentine* confirment tous deux cette approche. Ils ont décidé qu'un comité *ad hoc* a le pouvoir de déterminer à nouveau les raisons justifiant la récusation des arbitres, si la décision du Président du Conseil administratif « *not to disqualify the arbitrator in question is so plainly unreasonable that*

²²⁹ *EDF International S.A., SAUR International S.A. and León Participaciones Argentinas S.A. c. République argentine*, Affaire CIRDI ARB/03/23 (« *EDF c. Argentine* »), Décision sur l'Annulation, 5 février 2016, para. 144 (C-103), visée dans la Réplique sur l'Annulation, para. 360.

²³⁰ *Suez, Sociedad General de Aguas de Barcelona, S.A. et Vivendi Universal, S.A. c. République argentine*, Affaire CIRDI ARB/03/19 (« *Suez c. Argentine* »), Décision sur la Demande en annulation de l'Argentine, 5 mai 2017, para. 86 (C-109), visée dans la Réplique sur l'Annulation, para. 360.

²³¹ Requête en Annulation, paras. 129 ss. ; Mémoire sur l'Annulation, paras. 130-147 ; Réplique sur l'Annulation, paras. 363-365.

no reasonable decision-maker could have come to such a decision »²³². Les deux comités ont à juste titre rejeté l'approche étroite retenue par le comité *ad hoc* dans *Azurix c. Argentine*, qui avait estimé qu'un comité « *would only be able to annul an award under Article 52(1)(a) if there had been a failure to comply properly with the procedure for challenging members of the tribunal set out in other provisions of the ICSID Convention* »²³³. L'approche d'*Azurix* néglige manifestement la nécessité de protéger le système CIRDI contre des tribunaux partiels et partisans²³⁴. Le large pouvoir dont disposent les comités *ad hoc* de statuer *de novo* sur une demande en récusation sur laquelle le Président du Conseil administratif s'est antérieurement prononcé trouve également appui dans la décision du comité d'annulation dans *Mobil c. Argentine*²³⁵.

355. En l'espèce, les deux Décisions du Président du Conseil administratif du 21 février 2017 et du 13 avril 2017 sont manifestement intenable et si clairement déraisonnables qu'aucune personne raisonnable n'aurait pu parvenir à de telles décisions. En outre, elles constituent une inobservation grave de l'article 6 du Règlement d'arbitrage du CIRDI et un excès de pouvoir, ainsi que (dans le cas de la Décision du 13 avril 2017) un défaut de motifs²³⁶.
356. En ce qui concerne la Décision du 21 février 2017, qui a rejeté la demande en récusation de Sir Franklin Berman et de M. Veeder pour des raisons purement procédurales, le Président du Conseil administratif a simplement suivi les arguments et documents biaisés du Chili qui s'appuyaient sur des coupures de presse couvrant une période s'étendant de

²³² *EDF c. Argentine*, Décision sur l'Annulation, 5 février 2016, para. 145 (C-103) ; confirmée par *Suez c. Argentine*, Décision sur la Demande en annulation de l'Argentine, 5 mai 2017, para. 86 (C-109), visée dans la Réplique sur l'Annulation, para. 91.

²³³ *Azurix Corp. c. République argentine*, Affaire CIRDI ARB/01/12 (« *Azurix c. Argentine* »), Décision sur la Demande en annulation de la République argentine, 1^{er} septembre 2009, para. 280 (C-69).

²³⁴ Requête en Annulation, paras. 124 ss. ; Mémoire sur l'Annulation, paras. 130 ss. ; Réplique sur l'Annulation, paras. 404 ss.

²³⁵ Réponse des Demanderesses au Comité *ad hoc*, 1^{er} juillet 2019, p. 2, qui se réfère à *Mobil Exploration and Development Inc. Suc. Argentina and Mobil Argentina S.A. c. République argentine*, Affaire CIRDI ARB/04/16 (« *Mobil c. Argentine* »), Décision sur la Requête en annulation de la République argentine, 8 mai 2019, para. 44.

²³⁶ Requête en Annulation, paras. 124-175 ; Mémoire sur l'Annulation, paras. 130-147 ; Réplique sur l'Annulation, paras. 367-404 ss.

2012 à 2016, selon lesquels les relations entre le Chili et les Essex Court Chambers étaient de notoriété publique et étaient régulièrement rapportées dans la presse.

357. Le Président du Conseil administratif s'est appuyé sur ces éléments pour en déduire que « les Demanderesses auraient dû avoir connaissance du fait que certains membres des Essex Court Chambers intervenaient ou étaient intervenus par le passé pour la République du Chili au moment du déroulement de la procédure en resoumission »²³⁷. En réalité, les articles de presse mentionnent un certain nombre de personnes intervenant en qualité de conseils du Chili, mais aucun ne mentionne les Essex Court Chambers elles-mêmes. Les informations disponibles n'étaient pas suffisamment détaillées et notoires pour éveiller des doutes et la suspicion et il aurait été manifestement déraisonnable et excessif d'entreprendre une enquête systématique sur le lien existant entre, d'une part, les personnes ainsi mentionnées et, d'autre part, le Chili et les Essex Court Chambers. Avant de nommer M. Veeder, les Demanderesses avaient cherché une personne qui garantirait la qualité, le prestige et l'indépendance et serait « *at the same level of the President* »²³⁸, qui était membre des Essex Court Chambers.
358. Les Demanderesses n'avaient aucune obligation de procéder à une enquête sur les relations entre les Essex Court Chambers et le Chili ; il appartenait aux arbitres de les divulguer.
359. Quelques jours seulement après la notification de la Sentence après Nouvel Examen, soit le 18 septembre 2016, la presse a publié un article qui a révélé les relations entre le Chili et un membre des Essex Court Chambers, en précisant que jusqu'alors ces relations avaient été tenues secrètes (« *sigilosa* »). Les Demanderesses ont réagi rapidement à cette information. À compter du 20 septembre 2016, elles ont commencé à enquêter sur ces relations elles-mêmes, et elles ont demandé à plusieurs reprises au Centre que les arbitres procèdent à une enquête approfondie sur ces relations, ce qui a été refusé de mauvaise foi.

²³⁷ Réplique sur l'Annulation, para. 375.

²³⁸ Tr. Jour 3 (14 mars 2019), p. 677 s. (version anglaise).

360. Le Président du Conseil administratif a commis un excès de pouvoir, a manqué à une règle fondamentale de procédure et a agi de manière déraisonnable :
- en supposant qu'il appartenait aux Demanderesses de procéder à une recherche des conflits d'intérêts ;
 - en retenant les arguments du Chili, sans examiner les coupures de presse et en y ajoutant même de nouveaux articles *sua sponte* qu'il n'avait jamais communiqués aux Demanderesses ;
 - en n'ordonnant pas à Sir Franklin Berman et M. Veeder de procéder à une enquête sur les relations entre le Chili et les Essex Court Chambers ;
 - en ne prenant pas en considération le fait que ces relations avaient été tenues secrètes et n'étaient donc pas accessibles aux Demanderesses ; et
 - en définissant la date à prendre en compte pour déterminer si les Demanderesses avaient agi « *promptly* » au sens des articles 9 et 27 du Règlement d'arbitrage du CIRDI comme la date de la nomination des arbitres et non la date à laquelle les Demanderesses ont commencé à avoir accès aux informations secrètes, ce qui l'aurait sans aucun doute conduit à comprendre que « le caractère prompt de la réaction des Demanderesses est manifeste »²³⁹.
361. En ce qui concerne la Décision du Président du Conseil administratif du 13 avril 2017, qui a rejeté la demande en récusation de M. Veeder, les Demanderesses soutiennent que le Président du Conseil administratif a cru aveuglément les déclarations délibérément fausses et biaisées de M. Veeder sur les raisons qui avaient motivé sa démission d'un tribunal arbitral dans une affaire différente dans des circonstances similaires à celles de l'espèce. Le Président du Conseil administratif n'a pas pris en compte les éléments de preuve produits par les Demanderesses tendant à prouver que l'intention de M. Veeder était d'occulter le fait que, objectivement, sa démission était motivée par des faits identiques

²³⁹ Requête en Annulation, paras. 126-140 ; Réplique sur l'Annulation, paras. 367-404.

aux faits de l'espèce. En ne prenant pas ces faits en considération, le Président du Conseil administratif est parvenu à la décision intenable et déraisonnable de ne pas récuser M. Veeder.

362. Le Comité ne doit donc pas tenir compte de la Décision du Président du Conseil administratif du 13 avril 2017 et doit annuler la Sentence après Nouvel Examen²⁴⁰.
363. En ce qui concerne la Décision du Président du Conseil administratif du 13 avril 2017, qui a rejeté la demande en récusation de Sir Franklin Berman, les Demanderesses invoquent une non-application du droit. Le Président du Conseil administratif a rejeté la demande en récusation de Sir Franklin, bien que ce dernier ait écrit une lettre le 1^{er} mars 2017, dans laquelle il indiquait qu'il s'abstiendrait d'honorer ses obligations aux termes de l'article 58 de la Convention CIRDI. La lettre atteste « d'un défaut de motifs et d'un biais qualifié défavorable évident à l'égard de celles-ci [les Demanderesses], incompatible avec des principes fondamentaux du droit -due process- et le niveau d'exigence de neutralité et impartialité des articles 57, 14(1) et 42(1) en rapport avec les articles 52(1)e) et 52(1)d) de la Convention du CIRDI »²⁴¹.
364. Le Centre, dans une « coïncidence immédiate »²⁴², avait accepté le retrait du Président Berman de l'exercice de ses fonctions en application de l'Article 58 de la Convention CIRDI et décidé que le Président du Conseil administratif trancherait la question bien qu'aucune disposition de la Convention ne l'autorise à le faire. Il s'agit d'une question relevant de l'ordre public international, et la Décision du Président du Conseil administratif du 13 avril 2017 témoigne d'un excès de pouvoir, ainsi que d'un défaut de motifs et d'une inobservation grave des articles 57 et 58 de la Convention CIRDI²⁴³.
365. Pour toutes ces raisons, les deux Décisions du Président du Conseil administratif sont intenable, déraisonnable et prises en violation de dispositions fondamentales de la

²⁴⁰ Requête en Annulation, paras. 141-165.

²⁴¹ Requête en Annulation, para. 169 ; voir aussi Lettre des Demanderesses du 11 mars 2017 (C-162).

²⁴² Requête en Annulation, para. 171.

²⁴³ Requête en Annulation, paras. 172-173.

Convention CIRDI. Le Comité *ad hoc* ne doit pas les prendre en considération et doit déterminer *de novo* si le Président Berman et M. Veeder doivent être récusés et, en conséquence, si le Tribunal n'a pas été constitué régulièrement, ce qui ne fait aucun doute.

366. En ce qui concerne l'excès de pouvoir manifeste, les Demanderesses avancent les arguments suivants.
367. Cinq décisions constituent un excès de pouvoir et justifient l'annulation de la Sentence sur le fondement de l'article 52(1)(b).
368. En premier lieu, la décision du Tribunal de Nouvel Examen, communiquée par lettre du 21 novembre 2016²⁴⁴, de refuser la divulgation complète des relations entre le Chili et les Essex Court Chambers²⁴⁵.
369. En deuxième lieu, la décision, prise par le Président Berman, dans sa lettre du 1^{er} mars 2017, de ne pas honorer son obligation de participer à la procédure conduisant à la récusation de M. Veeder, complétée par la Décision du Président du Conseil administratif, en date du 13 avril 2017, de reprendre cette obligation.
370. Alors que le Président Berman a refusé d'exercer un pouvoir qui lui était conféré par l'article 58 de la Convention CIRDI, le Président du Conseil administratif s'est arrogé un pouvoir qu'il n'avait pas²⁴⁶.
371. Les Demanderesses ne précisent pas en quoi l'excès de pouvoir était manifeste.
372. En troisième lieu, la Décision du Président du Conseil administratif, en date du 21 février 2017, de ne pas récuser le Président Berman et M. Veeder pour des raisons purement procédurales, alors que, même si on suppose que les *barristers* ne sont pas censés connaître les activités des autres membres de leur *Chambers*, une enquête raisonnable doit néanmoins

²⁴⁴ Lettre du CIRDI communiquant la Décision du Tribunal de Nouvel Examen, 21 novembre 2016 (C-134).

²⁴⁵ Requête en Annulation, titre figurant avant le para. 110.

²⁴⁶ Requête en Annulation, paras. 169, 173.

être menée une fois que les faits pertinents viennent à être connus, « car le devoir de *disclosure* est permanent »²⁴⁷.

373. En conséquence de l'excès de pouvoir que constitue cette décision, le Comité *ad hoc* doit annuler la Sentence après Nouvel Examen conformément à l'article 52(1)(b) de la Convention CIRDI²⁴⁸.
374. Les Demanderesses ne précisent pas en quoi l'excès de pouvoir était manifeste.
375. En quatrième lieu, la Décision du Président du Conseil administratif, en date du 13 avril 2017, de refuser aux Demanderesses l'accès aux archives du CIRDI, dans lesquelles elles auraient trouvé des preuves des déclarations mensongères de M. Veeder, et de rejeter la demande en récusation de celui-ci sans répondre aux questions objectivement pertinentes que les Demanderesses lui avaient soumises²⁴⁹.
376. Ce comportement du Président du Conseil administratif constitue un excès de pouvoir ; il s'ensuit que le Comité doit annuler la Sentence conformément à l'article 52(1)(b)²⁵⁰.
377. Les Demanderesses ne précisent pas en quoi l'excès de pouvoir était manifeste.
378. En cinquième lieu, la décision du Tribunal de Nouvel Examen, en date du 15 juin 2017, de rejeter la demande fondée des Demanderesses d'ordonner au Chili de produire des documents pour établir la proximité et l'ampleur des relations entre le Chili et les Essex Court Chambers. Le Chili avait refusé de produire ces documents le 12 avril 2017 sans raison valable²⁵¹, comme l'ont indiqué ultérieurement les tribunaux chiliens²⁵².

²⁴⁷ Requête en Annulation, paras. 126, 139.

²⁴⁸ Requête en Annulation, para. 140.

²⁴⁹ Requête en Annulation, para. 157.

²⁵⁰ Requête en Annulation, paras. 165, 174.

²⁵¹ Réponse du Chili au Conseil de la Fondation Président Allende, 12 avril 2017 (C-138).

²⁵² Requête en Annulation, para. 181.

379. Le refus incompréhensible²⁵³ du Tribunal de Nouvel Examen d'ordonner, conformément à l'article 43(a) de la Convention CIRDI et des articles 53 et 34(2)(a) du Règlement d'arbitrage du CIRDI, la production de documents qui auraient prouvé que les prémisses de la Décision du Président sur la récusation n'existaient pas, démontre que « [l]es comportements du Tribunal de Resoumission et de l'État Défendeur sont objectivement concordants en vue de préserver l'opacité des rapports entre ce dernier et les chambers dont sont membres deux des arbitres »²⁵⁴. En fait, en refusant des informations en concertation avec le Chili, un client stratégique des *Chambers*, le Tribunal de Nouvel Examen a agi de manière frauduleuse et en dehors de sa compétence et de l'immunité attachée à ses fonctions²⁵⁵.
380. Le Comité doit donc annuler la Sentence conformément à l'article 52(1)(b).
381. En ce qui concerne l'inobservation grave d'une règle fondamentale de procédure, les Demanderesses avancent les arguments suivants.
382. Six décisions constituent une inobservation grave d'une règle fondamentale de procédure.
383. En premier lieu, le fait pour Sir Franklin Berman et M. Veeder de ne pas avoir refusé leur nomination respectivement en qualité de Président et d'arbitre du Tribunal de Nouvel Examen ni d'avoir démissionné ultérieurement, ainsi que le refus de récusation en dépit de l'étroite relation existant entre le Chili et les Essex Court Chambers, n'ont pas seulement entraîné un vice dans la constitution du Tribunal mais constituent en outre une inobservation grave de l'une des règles de procédure les plus fondamentales, à savoir une attente légitime de la part de chaque partie que tous les membres d'un tribunal soient complètement indépendants et impartiaux et agissent sans parti pris et qu'aucune personne raisonnable ne puisse avoir un doute légitime quant à cette impartialité. Les Demanderesses s'appuient sur *EDF c. Argentine*, dans laquelle le comité *ad hoc* a estimé que :

²⁵³ Les Demanderesses s'appuient sur *Biwater Gauff (Tanzania) Ltd. c. République Unie de Tanzanie*, Affaire CIRDI ARB/05/22, Ordonnance de procédure n° 2, 24 mai 2006, p. 8 (C-185).

²⁵⁴ Requête en Annulation, para. 181.

²⁵⁵ Requête en Annulation, paras. 182-184.

If an award may be tainted by the fact that a decision whether or not to disqualify an arbitrator was taken in a manner which was procedurally deficient, a fortiori an award may be tainted by the fact that the award itself was adopted by a tribunal one or more of whose members did not meet the requisite standard of impartiality and independence.

The Committee therefore considers that the fact that there is reasonable doubt about whether an arbitrator possessed the qualities of independence and impartiality required by Article 14(1) is a ground on which an award might be annulled under Article 52(1)(d).²⁵⁶

384. En deuxième lieu, la décision du Tribunal de Nouvel Examen, communiquée par lettre du 21 novembre 2016, de refuser une divulgation complète des relations entre le Chili et les Essex Court Chambers « constitue un manque de neutralité et d'impartialité de la part du Tribunal et de chacun de ses membres et une inobservance grave des règles de procédure applicables (Règle n° 6 en rapport avec l'article 14)1) de la Convention), sanctionnée à l'article 52(1)(a) de la Convention »²⁵⁷.
385. En troisième lieu, les Décisions du Président du Conseil administratif du 21 février 2017 et du 13 avril 2017 relatives à la récusation de M. Veeder constituent une inobservation grave de l'article 6 de la Convention CIRDI et, en ce qui concerne la récusation de Sir Franklin Berman, une inobservation grave des articles 57 et 58 de la Convention CIRDI. Les décisions ne peuvent pas valider l'inobservation grave de règles de procédure applicables pendant le traitement des demandes en récusation.
386. En quatrième lieu, tant la décision de Sir Franklin Berman, dans sa lettre du 1^{er} mars 2017, de ne pas honorer son obligation de participer à la procédure ayant conduit à la récusation de M. Veeder, que la Décision complémentaire du Président du Conseil administratif, en date du 13 avril 2017, d'assumer cette obligation, constituent une inobservation grave des articles 57 et 58 de la Convention CIRDI. Elles ne peuvent pas valider l'inobservation

²⁵⁶ *EDF c. Argentine*, Décision sur l'Annulation, 5 février 2016, paras. 124-125 (C-103).

²⁵⁷ Requête en Annulation, para. 123, tel que réitéré au para. 117. Le Comité considère que la référence à l'article 52(1)(a) est une erreur typographique.

grave « des règles de procédure applicables lors du traitement des propositions de récusation de M. Berman »²⁵⁸.

387. En cinquième lieu, la décision du Tribunal de Nouvel Examen, en date du 15 juin 2017, de rejeter la demande fondée des Demanderesses d'ordonner au Chili de produire des documents pour établir la proximité et l'ampleur des relations entre le Chili et les Essex Court Chambers constitue une inobservation grave d'une règle fondamentale de procédure, pour les mêmes raisons que celles exposées aux paragraphes 366 ss. ci-dessus en ce qui concerne l'excès de pouvoir commis par le Tribunal²⁵⁹.
388. En ce qui concerne le défaut de motifs entachant la Sentence, les Demanderesses avancent les arguments suivants.
389. Le Tribunal de Nouvel Examen n'a pas indiqué les raisons pour lesquelles il n'avait pas appliqué l'article 6(2) du Règlement d'arbitrage du CIRDI en dépit des demandes en ce sens formulées à plusieurs reprises par les Demanderesses²⁶⁰.
390. Dans sa lettre du 1^{er} mars 2017, le Président Berman n'a pas indiqué les raisons pour lesquelles il avait refusé d'honorer son obligation de participer à la procédure de récusation de M. Veeder, malgré plusieurs communications de la part des Demanderesses²⁶¹.
391. Le Président du Conseil administratif n'a pas indiqué les raisons pour lesquelles il a accepté de statuer sur la demande en récusation de M. Veeder, en date du 24 février 2017²⁶².

(2) La position de la Défenderesse

392. La Défenderesse soutient que la demande des Demanderesses d'annuler la Sentence après Nouvel Examen au motif que le Tribunal n'était pas régulièrement constitué (article 52(1)(a) de la Convention CIRDI) et qu'une sentence rendue par un tribunal

²⁵⁸ Requête en Annulation, para. 173 et titre précédant le para. 166.

²⁵⁹ Requête en Annulation, titre précédant le para. 176.

²⁶⁰ Requête en Annulation, para. 123 et titre précédant le para. 86.

²⁶¹ Requête en Annulation, titre précédant le para. 166.

²⁶² Requête en Annulation, para. 173.

irrégulièrement constitué constitue une inobservation grave d'une règle fondamentale de procédure (article 52(1)(d) de la Convention CIRDI) n'est pas fondée²⁶³.

393. La Défenderesse avance les arguments suivants :
394. Le Tribunal a été régulièrement constitué fin 2013 et début 2014, conformément au Chapitre IV, Section 2 de la Convention CIRDI (« De la constitution du Tribunal »). Le Chili a nommé M. Mourre. Le Secrétaire général a nommé Sir Franklin Berman, qui avait déclaré être membre des Essex Court Chambers, la nomination de celui-ci ayant été acceptée par les deux Parties, et les Demanderesses ont nommé M. Veeder, en sachant parfaitement qu'il était, comme Sir Franklin Berman, membre des Essex Court Chambers²⁶⁴.
395. Les Demanderesses n'ont pas objecté à la constitution du Tribunal. En réalité, elles contestent la composition et non la constitution du Tribunal, ce qui n'est pas un motif d'annulation²⁶⁵.
396. En outre et surtout, le Président du Conseil administratif a confirmé la régularité de la constitution du Tribunal dans deux Décisions sur les demandes renouvelées des Demanderesses tendant à la récusation de Sir Franklin Berman et de M. Veeder.
397. La demande en annulation de la Sentence formée par les Demanderesses équivaut à un appel contre les Décisions du Président et est donc irrecevable : « *an annulment committee cannot re-open or second-guess the legal and factual findings set forth in a challenge decision* »²⁶⁶. Contrairement à ce que soutiennent les Demanderesses, le comité d'annulation dans *Mobil c. Argentine* n'a pas élargi la portée du contrôle autorisé dans de

²⁶³ Contre-Mémoire sur l'Annulation, paras. 311-336 ; Duplique sur l'Annulation, paras. 35-53.

²⁶⁴ Contre-Mémoire sur l'Annulation, paras. 163-181.

²⁶⁵ Contre-Mémoire sur l'Annulation, para. 331 ; Duplique sur l'Annulation, para. 38.

²⁶⁶ Contre-Mémoire sur l'Annulation, para. 328.

telles circonstances, mais a expressément validé l'approche adoptée par les comités d'annulation dans *EDF c. Argentine* et *Suez c. Argentine*²⁶⁷.

398. En ce qui concerne la demande des Demanderesses adressée au Comité de ne pas tenir compte des Décisions du Président du Conseil administratif et de statuer sur la récusation *de novo*, au motif qu'elles seraient manifestement déraisonnables, l'argument n'est pas fondé. En premier lieu, la « *Challenge Decision [...] was reasoned, well supported, and consistent with the jurisprudence on the timeliness of challenges* »²⁶⁸. En second lieu, la demande des Demanderesses et leur « *theory [appear] to part from the premise that, until 18 September 2016, it simply was unknowable that certain Essex Court Chambers barristers had been representing Chile in ICJ proceedings* ». Cela n'est tout simplement pas vrai, car les faits ont été rapportés à plusieurs reprises dans la presse chilienne et en outre étaient facilement accessibles sur différents sites Internet. Les objections du Chili à la divulgation d'informations sensibles devant les tribunaux locaux chiliens ne changent rien au fait qu'il a été établi que « *Chile's representation by Essex Court Chambers barristers in ICJ matters had long been public knowledge* ». Le Président du Conseil administratif a fondé sa Décision du 21 février 2017 sur ces faits, ce qui est manifestement raisonnable²⁶⁹.

399. Dans de telles circonstances, la demande des Demanderesses tendant à la récusation de Sir Franklin et de M. Veeder était prescrite. Conformément à l'article 9(1) du Règlement d'arbitrage du CIRDI, elle aurait dû être soumise « dans les plus brefs délais, et en tout état de cause avant que l'instance ait été déclarée close ». La Défenderesse s'appuie sur la décision sur l'annulation rendue dans *EDF c. Argentine*, dans laquelle le comité a décidé :

[A] party which is, or should have been, aware of the facts which it claims give rise to reasonable doubt about whether an arbitrator possesses the requisite qualities of independence and impartiality has a duty to raise the issue promptly [...] A party which could have raised the matter

²⁶⁷ Écritures du Chili sur la Décision *Mobil c. Argentine*, 1^{er} juillet 2019, pp. 1-2.

²⁶⁸ Contre-Mémoire sur l'Annulation, para. 332.

²⁶⁹ Duplique sur l'Annulation, paras. 46, 49 (notes de bas de page omises); Contre-Mémoire sur l'Annulation, paras. 329-330.

*under Articles 57 and 58 before the proceedings were declared closed but failed to do so cannot, therefore, raise it on annulment.*²⁷⁰

400. En tout état de cause, la représentation du Chili par d'autres *barristers* des Essex Court Chambers dans des affaires n'ayant aucun rapport avec celle-ci n'a pas entraîné de conflit d'intérêts susceptible de jeter un doute objectif et justifiable sur l'indépendance et l'impartialité du Président Berman ou de M. Veeder. Ils ont tous deux divulgué leur qualité de membre des Essex Court Chambers, ni l'un ni l'autre n'était au courant et n'était pas censé être au courant des activités des autres membres, ils ont tous deux agi en qualité de praticiens indépendants exerçant à titre individuel, comme cela est expliqué sur le site Internet des Essex Court Chambers²⁷¹, et les Demanderesses n'ont pas mis en doute leur indépendance lorsqu'elles ont nommé un membre des Essex Court Chambers après avoir approuvé un autre membre des mêmes *Chambers*. La Défenderesse cite l'avis d'un tribunal éminent ayant affirmé avec conviction qu'il n'existe pas de

*[H]ard-and-fast rule to the effect that barristers from the same Chambers are always precluded from being involved as, respectively, counsel and arbitrator in the same case. Equally, however, there is no absolute rule to opposite effect. The justifiability of an apprehension of partiality depends on all relevant circumstances.*²⁷²

401. À la lumière de ces considérations, il ne peut y avoir aucun doute qu'il n'existe aucun conflit d'intérêts dans le cas où des avocats *barristers* membres des mêmes *Chambers* interviennent dans des affaires différentes²⁷³.
402. La référence faite par les Demanderesses aux IBA Guidelines on Conflicts of Interest in International Arbitration n'est d'aucune utilité puisque les Guidelines indiquent sans

²⁷⁰ *EDF c. Argentine*, Décision sur l'Annulation, 5 février 2016, para. 131 (C-103).

²⁷¹ Duplique sur l'Annulation, paras. 52-53.

²⁷² *Hrvatska Elektroprivreda d.d. c. République de Slovénie*, Affaire CIRDI 05/24, Décision relative à la participation de David Mildon QC aux autres étapes de la procédure, 6 mai 2008, para. 31 (RALA-0013).

²⁷³ Contre-Mémoire sur l'Annulation, para. 334.

équivoque que les « *barristers' chambers should **not** be equated with law firms for the purposes of conflicts* »²⁷⁴.

D. LE TRAITEMENT PAR LE TRIBUNAL DE NOUVEL EXAMEN DES ÉLÉMENTS DE PREUVE ET DE LA CHARGE DE LA PREUVE

(1) La position des Demanderesses

403. Les Demanderesses ont invoqué trois motifs d'annulation liés au traitement par le Tribunal de Nouvel Examen des éléments de preuve qu'elles ont produits en ce qui concerne le préjudice subi par elles en conséquence de la violation du TBI par le Chili et du fardeau de la preuve à cet égard :

(a) excès de pouvoir manifeste du Tribunal (article 52(1)(b)) ;

(b) inobservation grave d'une règle fondamentale de procédure (article 52(1)(d)) ;

et

(c) défaut de motifs entachant la Sentence après Nouvel Examen (article 52(1)(e))²⁷⁵.

404. Les Demanderesses font valoir que la plupart des faits et arguments présentés sous ce chef valent également pour le non-respect de l'autorité de la chose jugée attachée à la Sentence Initiale, mais qu'elles ont décidé de distinguer les questions. Cette approche ne cause pas d'inconvénients à l'exception d'éventuelles répétitions, et le Comité l'accepte.

405. En ce qui concerne un excès de pouvoir manifeste, les Demanderesse avancent les arguments suivants.

²⁷⁴ Contre-Mémoire sur l'Annulation, para. 335 ; la Défenderesse cite les Lignes Directives de l'IBA, Partie I, Explication A de la Règle Générale 6 (caractères gras dans l'original).

²⁷⁵ Requête en Annulation, paras. 238-251 ; Mémoire sur l'Annulation, paras. 584-680 ; Réplique sur l'Annulation, paras. 146-234.

406. « [L]e rejet des arguments et éléments de preuve présentés par les Demanderesses et se rapportant à la démonstration de leur préjudice résultant des violations identifiées par la Sentence Initiale constitue un excès de pouvoir manifeste »²⁷⁶.

407. Les Demanderesses font valoir qu'elles ont constamment soutenu des arguments et produit des éléments de preuve détaillés et cohérents en ce qui concerne le préjudice causé par le traitement injuste et inéquitable imposé par le Chili, tant dans leurs écritures que dans leurs plaidoiries au cours de la Procédure de Nouvel Examen et par le biais d'une expertise financière. Comme cela a été résumé au cours de l'audience devant le Tribunal de Nouvel Examen le 13 avril 2015 :

[N]ous avons établi que la violation du déni de justice et l'absence de jugement de la première Chambre civile de Santiago a finalement détruit le droit à réparation des Demanderesses au titre de l'API en application de son article 5 devant le Tribunal arbitral.

Dans ces conditions, dès lors que le dommage doit venir rétablir les Demanderesses dans la situation dans laquelle elles se seraient trouvées en l'absence de violation, et donc en l'absence de déni de justice, la position que nous défendons est que la violation de l'article 4 et le déni de justice du Chili doivent être réparés en accordant une réparation aux Demanderesses équivalente à celle qu'elles auraient dû obtenir au titre des confiscations.²⁷⁷

408. Le Tribunal de Nouvel Examen a refusé de prendre en considération les éléments de preuve dans la mesure où ils précisent les circonstances de la violente expropriation qui a eu lieu en 1973. Il maintient que :

[L]a constatation (positive) que la violation est constituée par le fait composite de ne pas avoir garanti un traitement juste et équitable (en ce compris d'avoir manqué à l'obligation de s'abstenir de tout déni de justice), de même que la constatation (négative) que la confiscation de l'investissement initial est en dehors du champ temporel du

²⁷⁶ Réplique sur l'Annulation, para. 147 ; Requête en Annulation, para. 239 ; Mémoire sur l'Annulation, para. 598.

²⁷⁷ Transcription de l'audience devant le Tribunal de Nouvel Examen (13 avril 2013), p. 41 (C-43) ; voir aussi Requête en Annulation, para. 231.

TBI, ont toutes deux autorité de chose jugée, de telle sorte que tous les éléments de preuve et les arguments relatifs à cette confiscation doivent être exclus comme n'étant pas pertinents pour le différend, sauf à titre de contexte factuel.²⁷⁸

409. En réalité, le Tribunal Initial avait décidé, et cette décision a autorité de la chose jugée, qu'il devait prendre en considération les faits antérieurs à la date du TBI, à savoir le 29 mars 1994, lorsqu'il examinait le contexte factuel des actes que les Demanderesses ont qualifié de violations du TBI après son entrée en vigueur²⁷⁹.
410. Le Tribunal de Nouvel Examen n'a donc pas exercé son pouvoir ni examiné les éléments de preuve qui lui avaient été soumis en ce qui concerne « les éléments de fait antérieurs à l'entrée en vigueur de l'API »²⁸⁰.
411. En même temps, le Tribunal de Nouvel Examen a excédé son pouvoir quand il a refusé de prendre en considération des questions postérieures²⁸¹ au 3 novembre 1997, soit la date de la requête d'arbitrage initiale. Les Demanderesses ont également soutenu que le Tribunal a « indûment décliné sa compétence s'agissant d'actes de déni de justice postérieurs à la Sentence Initiale »²⁸², soit le 8 mai 2008.
412. Les Demanderesses font observer que, en ce qui concerne le déni de justice qui s'est produit après la Sentence Initiale, le Tribunal de Nouvel Examen a indiqué que cet argument n'entraîne pas dans le champ de sa compétence, qui est limitée au différend soumis au Tribunal Initial et pour lequel la date critique était la requête d'arbitrage initiale :

Le Tribunal relève également à ce stade qu'une partie de l'argument qui lui est présenté par les Demanderesses dans la présente procédure de nouvel examen consiste à soutenir que les actions de la Défenderesse, depuis la transmission de

²⁷⁸ Sentence après Nouvel Examen, para. 217 et réitéré aux paras. 228 et 230.

²⁷⁹ Réplique sur l'Annulation, para. 167 où les Demanderesses se réfèrent aux paragraphes 611 et 612 de la Sentence Initiale.

²⁸⁰ Réplique sur l'Annulation, para. 167.

²⁸¹ Mémoire sur l'Annulation, p. 166, paras. 326, 586 ss., 669 ; Réplique sur l'Annulation, para. 233 ; Requête en Annulation, paras. 232-236.

²⁸² Mémoire sur l'Annulation, para. 570.

la Sentence Initiale, ont constitué un nouveau déni de justice, au titre duquel une compensation est due et peut être accordée dans la présente procédure de nouvel examen. Le Tribunal doit rejeter cet argument purement et simplement. La raison en est non seulement que des allégations de cette nature devraient faire l'objet d'un processus de production d'éléments de preuve en bonne et due forme avant de pouvoir convenablement donner lieu à une décision dans une procédure arbitrale (et elles seraient effectivement soumises à un tel processus) ; mais aussi, tout simplement, que l'ensemble de cet argument n'entre clairement pas dans le champ de compétence de ce Tribunal, qui (comme cela a déjà été indiqué) est limité, en vertu de l'article 52 de la Convention CIRDI et de l'article 55 du Règlement d'arbitrage du CIRDI, exclusivement au « différend » ou aux parties de celui-ci qui demeurent après l'annulation. Ces termes ne peuvent être interprétés que comme une référence au « différend » qui avait été initialement soumis à l'arbitrage, différend pour lequel la date critique était la requête d'arbitrage initiale des Demanderesses. Les questions qui ont surgi entre les Parties après cette date – et a fortiori les questions découlant d'une conduite postérieure à la Sentence – ne peuvent pas, même avec un gros effort d'imagination, entrer dans le champ de la procédure de nouvel examen en vertu des dispositions citées ci-dessus, et le Tribunal estime qu'il n'est pas nécessaire d'en dire plus sur cette question dans la présente Sentence.²⁸³

413. Les Demanderesses affirment que ce raisonnement est en contradiction avec l'analyse par le Tribunal Initial des violations par le Chili de l'article 4 du TBI qui est fondée sur les éléments factuels et juridiques qui se sont produits entre 1995 et 2002, c'est-à-dire la procédure devant le tribunal chilien relative à la restitution de la rotative Goss et l'indemnisation de personnes autres que M. Pey par le biais de la Décision n° 43 du 28 avril 2000. Elles réduisent les droits des Demanderesses de présenter des arguments et des éléments de preuve qui font référence aux événements postérieurs à 1997.
414. Cet excès de pouvoir est manifeste car il peut être déduit sans aucun problème d'une simple lecture de la Sentence Initiale, de la Décision Initiale sur l'Annulation, de la Sentence après

²⁸³ Sentence après Nouvel Examen, para. 216.

Nouvel Examen et du rappel d'un « besoin élémentaire : en quoi une base de chiffrage peut-elle être déclarée inexacte pour toute évaluation au prétexte qu'une prétention n'a pas été acceptée ratione temporis »²⁸⁴.

415. Les Demanderesses s'appuient sur un commentateur de la Sentence après Nouvel Examen, le Professeur Benjamin Remy, qui a émis des doutes quant au rejet des éléments de preuve :

En revanche, elle n'interdit pas que, dans le cadre de l'examen de la demande d'indemnisation du préjudice subi du fait du déni de justice, la réalité de la confiscation soit évoquée. Plus précisément, ce préjudice consistait en une perte de chance pour l'investisseur d'obtenir gain de cause auprès des juridictions chiliennes. [...] Il est seulement question de savoir si, au regard du seul droit chilien, la prétention formulée par l'investisseur devant les juges chiliens avait des chances de prospérer et de fixer le montant des indemnités que l'investisseur aurait pu espérer. Les éléments de preuve et les arguments relatifs aux confiscations de 1973, ainsi utilisés, ne devraient donc pas se heurter à l'autorité de la chose jugée de la sentence initiale.²⁸⁵

416. En ce qui concerne l'inobservation grave d'une règle fondamentale de procédure, les Demanderesses avancent les arguments suivants.

417. Le Tribunal de Nouvel Examen a systématiquement retenu les arguments du Chili et sa qualification négative de la Sentence Initiale et de la Décision Initiale sur l'Annulation, au détriment des arguments et des éléments de preuve des Demanderesses. Il a souligné, au paragraphe 208 de la Sentence après Nouvel Examen, la difficulté de comprendre la Sentence Initiale et a regretté, au paragraphe 211 de la Sentence après Nouvel Examen, de ne pas être autorisé à rouvrir le débat au lieu du Premier Comité. Les conclusions du Tribunal de Nouvel Examen étaient prédéterminées et animées par la volonté de mettre un terme au différend et de « rendre inefficace l'obligation d'indemniser établie dans la

²⁸⁴ Mémoire sur l'Annulation, para. 620.

²⁸⁵ Benjamin Remy, « Chronique des sentences arbitrales », J.D.I. (Clunet), 2017, pp. 282-283.

Sentence initiale »²⁸⁶. Il s'agit de manifestations de partialité et de parti pris, constitutives d'une violation de l'une des obligations les plus fondamentales des tribunaux arbitraux²⁸⁷.

418. En outre, et c'est encore une manifestation de ce parti pris, le Tribunal de Nouvel Examen n'a pas tenu compte des éléments de preuve produits par les Demanderesses et ne les a pas pris sérieusement en considération :

La décision du TR d'écarter les arguments soutenus et les preuves produites par les Demanderesses, puis de considérer que celles-ci n'ont pas satisfait à la charge de la preuve qui pesait sur elle n'est que l'aboutissement des autres manifestations du parti pris du Tribunal.²⁸⁸

419. En ce qui concerne le défaut de motifs entachant la Sentence, les Demanderesses avancent les arguments suivants.

420. Les Demanderesses ont soumis des arguments cohérents et un avis détaillé, étayés par une jurisprudence et une doctrine abondantes et de nombreux avis d'expert, sur le préjudice causé par le manquement par la Défenderesse à son obligation de les traiter justement et équitablement. En particulier, elles ont démontré que « les tribunaux arbitraux ont accepté que le principe de réparation intégrale implique que l'investisseur puisse être indemnisé pour la valeur de ses biens saisis, quand bien même sa demande n'était pas fondée sur l'expropriation mais sur la violation du traitement juste et équitable après l'entrée en vigueur de l'API le 29 mars 1994 »²⁸⁹. Même l'expert financier de la Défenderesse a admis que l'évaluation du préjudice causé par un traitement injuste et inéquitable pouvait être basé sur une juste valeur marchande et donc conduire à un quantum « équivalent au calcul résultant d'une expropriation »²⁹⁰.

²⁸⁶ Mémoire sur l'Annulation, para. 653.

²⁸⁷ Requête en Annulation, paras. 243-251 ; Mémoire sur l'Annulation, paras. 647-667 ; Réplique sur l'Annulation, paras. 200-234.

²⁸⁸ Réplique sur l'Annulation, para. 204.

²⁸⁹ Mémoire sur l'Annulation, para. 634.

²⁹⁰ Réplique sur l'Annulation, para. 190.

421. À la lumière de ces présentations, l'absence de discussion par le Tribunal des éléments de preuve produits par les Parties et sa simple affirmation que les Demanderesses n'ont pas satisfait à leur obligation de prouver leur préjudice sont « incompréhensibles », « frivoles » et « grossièrement insuffisants ». ²⁹¹ Comme l'a à juste titre relevé le comité *ad hoc* dans *TECO c. Guatemala*, il est inadmissible qu'un tribunal :

[S]imply gloss over evidence upon which the Parties have placed significant emphasis, without any analysis and without explaining why it found that evidence insufficient, unpersuasive or otherwise unsatisfactory. A tribunal is duty bound to the parties to at least address those pieces of evidence that the parties deem to be highly relevant to their case and, if it finds them to be of no assistance, to set out the reasons for this conclusion. ²⁹²

422. Manquant à son obligation, le Tribunal :

- s'est contenté de présenter un « résumé sommaire » de la position des Demanderesses ;
- n'a pas du tout discuté les arguments ni les éléments de preuve présentés par les Demanderesses ;
- n'a pas cité une seule des nombreuses sentences et décisions présentées par les Demanderesses ; et
- n'a pas du tout mentionné le débat qui a eu lieu entre les Demanderesses et les experts financiers, en particulier avec l'expert de la Défenderesse au cours de l'audience ²⁹³.

(2) La position de la Défenderesse

423. La Défenderesse réfute les arguments des Demanderesses et demande l'annulation sur le fondement des trois motifs invoqués. Elle avance les arguments suivants.

²⁹¹ Mémoire sur l'Annulation, paras. 636-639.

²⁹² *TECO c. Guatemala*, Décision sur l'Annulation, 5 avril 2016, para. 131 (CL-316).

²⁹³ Réplique sur l'Annulation, paras. 186-190.

424. En ce qui concerne les faits, les arguments et les éléments de preuve *antérieurs* à l'entrée en vigueur du TBI en 1994, il n'est tout simplement pas vrai que le Tribunal de Nouvel Examen a excédé son pouvoir en refusant d'entendre et de prendre en considération les arguments et les éléments de preuve présentés par les Demanderesses²⁹⁴. Au contraire, le Tribunal a expliqué qu'il a « fait tout son possible pour écouter avec attention et bienveillance l'ensemble des arguments qui lui ont été présentés par les Parties, tant par écrit que verbalement, sans chercher à appliquer à l'avance un critère a priori de sélection de ceux de ces arguments qui se révéleraient en fin de compte pertinents et importants pour sa Sentence »²⁹⁵.
425. En fait, les Demanderesses ont tiré pleinement avantage de l'opportunité qui leur a été donnée de présenter leur position en « submitting expert reports and hundreds of exhibits and authorities – many of which addressed the very point that Claimants now say they were prevented from addressing »²⁹⁶.
426. Certes, le Tribunal a exclu les éléments de preuve relatifs à l'expropriation des Demanderesses en 1973-1975, comme cela a été expliqué dans les paragraphes 217, 228 et 230 de la Sentence. Toutefois, ce faisant, le Tribunal n'a pas failli à son obligation d'exercer sa compétence ou d'appliquer la loi appropriée. Au contraire, il a respecté l'article 55(3) du Règlement d'arbitrage du CIRDI qui l'oblige à ne pas réexaminer une portion non annulée de la sentence et, dans cette perspective, les conclusions du Tribunal initial qui bénéficient de l'autorité de la chose jugée. Il en résulte que le Tribunal a correctement expliqué qu'il n'était pas compétent pour prendre de tels éléments de preuve en considération.
427. Le Tribunal Initial a estimé que l'expropriation avait été consommée en 1975, que les dispositions du TBI n'étaient pas applicables à l'expropriation *ratione temporis*, que des faits qui s'étaient produits après 1994 ne pouvaient pas être pris en compte comme

²⁹⁴ Contre-Mémoire sur l'Annulation, paras. 337-340 (soulignement ajouté).

²⁹⁵ Sentence après Nouvel Examen, para. 171.

²⁹⁶ Contre-Mémoire sur l'Annulation, para. 344.

constituant des actes d'expropriation (car les mêmes biens ne peuvent pas faire l'objet d'une expropriation deux fois), et que les violations du TBI après 1994 – le déni de justice et l'indemnisation de personnes autres que M. Pey par le biais de la Décision n° 43 du 28 avril 2000 – étaient distinctes de l'expropriation²⁹⁷. Le Tribunal Initial avait indiqué :

L'expropriation survenue avant l'entrée en vigueur du traité ayant été écartée de l'examen du Tribunal arbitral, il en résulte que, pour cette raison déjà, les allégations, discussions et preuves relatives au dommage subi par les demanderesse du fait de l'expropriation, manquent de pertinence et ne peuvent pas être retenues s'agissant d'établir un préjudice, résultant lui d'une autre cause, de fait et de droit, celle du déni de justice et du refus d'un « *traitement juste et équitable* ». ²⁹⁸

428. Même si ces arguments figurent dans le Chapitre VIII annulé de la Sentence Initiale, ils ne font que répéter ce que Tribunal avait conclu dans le Chapitre VII non annulé. La critique par les Demanderesses de l'interprétation faite par le Tribunal de Nouvel Examen de la Sentence Initiale à cet égard et leurs efforts pour la remplacer par leur propre vision de ce qu'est l'autorité de la chose jugée « *is just a direct, unabashed appeal of the Resubmission Award, and thus plainly inappropriate* »²⁹⁹.
429. Enfin, les Demanderesses n'ont pas expliqué en quoi l'excès de pouvoir allégué était manifeste³⁰⁰.
430. En ce qui concerne les faits, les arguments et les éléments de preuve *postérieurs* à la requête initiale d'arbitrage du 3 novembre 1997, les Demanderesses ont dénaturé le raisonnement du Tribunal de Nouvel Examen.
431. En premier lieu, le paragraphe 216 de la Sentence après Nouvel Examen ne porte pas sur les violations de l'article 4 que le Tribunal Initial avait constatées, mais examine les violations alléguées commises après la Sentence Initiale. En second lieu, il n'exclut aucun

²⁹⁷ Contre-Mémoire sur l'Annulation, paras. 383-386.

²⁹⁸ Sentence Initiale, para. 688 (notes de bas de page omises ; soulignement omis).

²⁹⁹ Contre-Mémoire sur l'Annulation, para. 383.

³⁰⁰ Contre-Mémoire sur l'Annulation, para. 385.

élément de preuve. En fait, au paragraphe 228(c) de sa Sentence, le Tribunal de Nouvel Examen indique explicitement qu'il « *draws [this] conclusion from the above* » (y compris le paragraphe 216), l'interprétation de la partie de la Sentence Initiale ayant autorité de la chose jugée conduit à la conclusion, qui est contraire à l'affirmation des Demanderesses, selon laquelle :

[I]l a été commis une violation de la garantie d'un traitement juste et équitable prévue par l'article 4, violation constituée par l'ensemble de la conduite des autorités chiliennes ayant entraîné un retard de sept ans dans l'affaire de la rotative Goss et la Décision n° 43, et qui s'est traduite par l'octroi d'une indemnisation à des personnes qui n'étaient pas les propriétaires des biens confisqués alors que les demandes de M. Pey Casado étaient rejetées.³⁰¹

432. La Défenderesse soutient que, de toute évidence, tous les événements à l'origine d'une violation des obligations en matière de TJE sont postérieurs à la requête d'arbitrage et ont été aisément retenus car ils entraînent dans le champ de la Procédure de Nouvel Examen, démentant ainsi l'allégation des Demanderesses selon laquelle le Tribunal de Nouvel Examen a refusé de prendre en compte des faits, arguments et éléments de preuve postérieurs au 3 novembre 1997.
433. En ce qui concerne une inobservation d'une règle fondamentale de procédure, la Défenderesse soutient que l'allégation des Demanderesses selon laquelle le Tribunal de Nouvel Examen a écarté des éléments de preuves pertinents sans les examiner, est démentie par le fait que des rapports d'expert ont été soumis et discutés pendant l'audience sur la preuve.
434. Les Demanderesses tentent de limiter le pouvoir du Tribunal tel qu'il est reconnu à l'article 34(1) du Règlement d'arbitrage du CIRDI, aux termes duquel le tribunal est « juge de la recevabilité de toute preuve invoquée et de sa valeur probatoire ».

³⁰¹ Contre-Mémoire sur l'Annulation, paras. 372-373 ; la Défenderesse cite le para. 228 (c) de la Sentence après Nouvel Examen.

435. C'est aux Demanderesses qu'incombait la charge de prouver que les violations par le Chili de son obligation de les traiter justement et équitablement (article 4 du TBI et non son article 5) leur avaient causé un préjudice et d'établir le quantum. Elles ont eu largement la possibilité de traiter ces questions, mais elles ont consciencieusement manqué de le faire, par exemple en donnant instruction à leur expert de quantifier uniquement les pertes causées par l'expropriation et non celles, distinctes, causées par le déni de justice et autre traitement injuste et inéquitable.
436. La raison tactique derrière tout cela était d'éviter un calcul des dommages en fonction du retard de 7 ans qu'avait subi la procédure devant le tribunal chilien et de la Décision du gouvernement d'indemniser d'autres personnes, parce que ce calcul aurait conduit à un quantum minimal. Toutefois, cette stratégie « *had zero chance of succeeding* », étant donné que le Tribunal Initial avait décidé, et cette décision bénéficiait de l'autorité de la chose jugée, que les violations des articles 4 et 5 étaient distinctes et que les éléments de preuve produits pour une demande fondée sur l'expropriation n'étaient d'aucune utilité pour une demande fondée sur le TJE.³⁰²
437. Le Tribunal de Nouvel Examen était obligé de suivre la décision du Tribunal Initial qui avait autorité de la chose jugée, comme il l'a expliqué de manière convaincante. En exerçant son pouvoir et « *after having evaluated the evidence and arguments of the parties, the Resubmission Tribunal determined that Claimants' theories were inapposite* » pour établir la causalité des dommages résultant de violations de la norme du TJE³⁰³.
438. Quant aux allégations erronées de parti pris, elles sont fondées sur de pures spéculations. La Défenderesse fait référence à la Décision Initiale sur l'Annulation qui a rejeté une demande en annulation fondée sur des allégations spéculatives de parti pris en acceptant les arguments des Demanderesses selon lesquels un comité ne peut pas déclarer « la nullité

³⁰² Duplique sur l'Annulation, paras. 93 ss.

³⁰³ Contre-Mémoire sur l'Annulation, para. 387.

d'une sentence sur une simple apparence de partialité » et « l'accusation de partialité du Tribunal ou de ses membres ne doit pas être fondée sur de simples spéculations »³⁰⁴.

439. En ce qui concerne le prétendu défaut de motifs entachant la Sentence, le Tribunal de Nouvel Examen a, aux paragraphes 198, 217 et 232 de la Sentence, donné d'« *ample explanation as to why Claimants' expropriation-based theories could not be accepted. Claimants very well may disagree with that explanation but [as Schreuer explains] [i]t cannot be expected [...] that reasons must go to such length as to persuade a disgruntled party why it has lost* »³⁰⁵.

440. En fait, le Tribunal a clairement expliqué les raisons qui l'ont conduit à conclure que les Demanderesses n'avaient pas satisfait à la charge de prouver le dommage causé par les violations du standard du TJE en 11 étapes. Ces raisons sont cohérentes et peuvent être comprises facilement³⁰⁶.

E. LE NON-RESPECT PAR LE TRIBUNAL DE NOUVEL EXAMEN DE L'AUTORITÉ DE LA CHOSE JUGÉE ATTACHÉE À DES CONCLUSIONS NON ANNULÉES

(1) La position des Demanderesses

441. Les Demanderesses ont invoqué trois motifs d'annulation liés au prétendu non-respect par le Tribunal de Nouvel Examen de l'autorité de la chose jugée attachée aux conclusions non annulées :

(a) excès de pouvoir manifeste du Tribunal (article 52(1)(b)) ;

(b) inobservation grave d'une règle fondamentale de procédure (article 52(1)(d)) ;

et

³⁰⁴ Décision Initiale sur l'Annulation, paras. 336-337 ; Contre-Mémoire sur l'Annulation, para. 341.

³⁰⁵ Contre-Mémoire sur l'Annulation, para. 382 (crochets dans l'original) ; la Défenderesse cite Christoph H. Schreuer, *The ICSID Convention - A Commentary* (2^{ème} éd.), Cambridge University Press 2009, Article 52, para. 363 (RALA-0006).

³⁰⁶ Duplique sur l'Annulation, para. 92.

(c) défaut de motifs entachant la Sentence après Nouvel Examen (article 52(1)(e))³⁰⁷.

442. En ce qui concerne un excès de pouvoir manifeste, les Demanderesses avancent les arguments suivants.

443. Les Demanderesses observent que le Tribunal Initial a décidé aux paragraphes 627-674, qui ont autorité de la chose jugée, que la Défenderesse a manqué à son obligation de faire bénéficier les Demanderesses d'un traitement juste et équitable, en agissant de manière discriminatoire à leur égard lorsqu'elle a indemnisé non pas M. Pey, mais d'autres personnes, au titre de l'expropriation illégale et en commettant un déni de justice en raison de la durée déraisonnable de la procédure judiciaire. Le Tribunal a résumé sa décision au paragraphe 674 de la Sentence comme suit :

[E]n résumé, en accordant des compensations – pour des raisons qui lui sont propres et sont restées inexplicées – à des personnages qui, de l'avis du Tribunal arbitral, n'étaient pas propriétaires des biens confisqués, en même temps qu'elle paralysait ou rejetait les revendications de M. Pey Casado concernant les biens confisqués, la République du Chili a manifestement commis un déni de justice et refusé de traiter les demanderesses de façon juste et équitable.

et a décidé, au paragraphe 3 du dispositif :

[L]es demanderesses ont droit à compensation.

444. Il s'ensuit que « [n]i l'existence d'un préjudice ni l'existence d'un dommage corrélatif ni la nécessité d'une indemnité financière pour compenser celui-ci ne font le moindre doute pour la Sentence initiale »³⁰⁸.

445. Le Premier Comité a confirmé que cette partie de la Sentence Initiale avait autorité de la chose jugée³⁰⁹. Il a décidé que « la SI [la Sentence Initiale] a correctement tranché que les

³⁰⁷ Requête en annulation, paras. 186-252 ; Mémoire sur l'Annulation, paras. 258-583 ; Réplique sur l'Annulation, paras. 53, 125-145.

³⁰⁸ Requête en Annulation, paras. 198, 204, 211, 212 ss. ; Mémoire sur l'Annulation, paras. 45, 277-292.

³⁰⁹ Décision Initiale sur l'Annulation, para. 359.3.

Demanderesses avaient produit la preuve des faits et des fondements juridiques de la responsabilité de l'État du Chili pour la violation du traité »³¹⁰ ainsi que leur obligation d'identifier et de prouver le dommage³¹¹.

446. Les Demanderesses soutiennent donc que le rôle du Tribunal de Nouvel Examen était limité : « compte-tenu des violations de l'API Espagne-Chili par le Chili après la date du 3 novembre 1997, et du droit à compensation reconnu aux Demanderesses, bénéficiant de l'autorité de la chose jugée de la Sentence initiale, son rôle était de déterminer le montant de l'indemnité à accorder aux Demanderesses »³¹².
447. Cette limite était même évidente pour les commentateurs extérieurs, comme le prouve le commentaire du Professeur Schreuer sur la Décision Initiale sur l'Annulation, qui a relevé que :

*In the resubmitted proceedings, initiated in June 2013, the Tribunal will be restricted to determining the amount of damages flowing from the first Tribunal's finding of liability which is res judicata.*³¹³

448. Il est également incontestable, selon les Demanderesses, que le Tribunal Initial a décidé, et cette décision a autorité de la chose jugée, que « les Demanderesses avaient acquis un droit à indemnisation de nature pécuniaire, et que tel était le sens du terme 'compensation' employé notamment dans le dispositif de la Sentence initiale »³¹⁴. Le Tribunal a clairement établi « que la combinaison des actions et omissions constitutif de la conduite internationalement illicite du Chili à partir de 1995, tout au moins pris dans leur ensemble, avaient eu l'effet de bloquer toute possibilité raisonnable de redressement, à l'intérieur du

³¹⁰ Réplique sur l'Annulation, para. 117.

³¹¹ Réplique sur l'Annulation, para. 118.

³¹² Mémoire sur l'Annulation, para. 368.

³¹³ Christoph H. Schreuer, « *Victor Pey Casado and President Allende Foundation v Republic of Chile, Barely an Annulment* », ICSID Review, Vol. 29, No. 2 (2014), pp. 321 ss., 327 (CL-326).

³¹⁴ Requête en Annulation, para. 191; Mémoire sur l'Annulation, para. 288.

système politico-légal chilien, de la saisie et confiscation illégale et inconstitutionnelle, que ce soit par restitution ou compensation »³¹⁵.

449. La base juridique adéquate pour définir le terme « compensation » se trouve dans les articles 31-37 des Articles sur la Responsabilité de l'État. L'article 36, lu conjointement avec l'article 31, ne laisse aucun doute sur le fait que l'indemnisation est le recours approprié pour « tout dommage susceptible d'évaluation financière » causé par des faits internationalement illicites commis par la Défenderesse, et non la satisfaction, comme l'a décidé à tort le Tribunal de Nouvel Examen, puisque le préjudice en l'espèce, le dommage causé à un investissement, « peut être réparé par [...] l'indemnisation », comme le prévoit l'article 37 des Articles sur la Responsabilité de l'État³¹⁶. Les différends relatifs à des investissements ne concernent pas la protection de l'honneur, mais la violation et la réparation d'intérêts économiques. Une compensation pécuniaire est la réparation adéquate, comme l'a confirmé une grande partie de la doctrine³¹⁷.
450. Toutes ces conclusions du Tribunal Initial ayant autorité de la chose jugée étaient définitives et avaient force obligatoire et elles ne pouvaient pas faire l'objet d'un nouvel examen par le Tribunal de Nouvel Examen. Ce principe est clairement affirmé à l'article 55(3) du Règlement d'arbitrage du CIRDI comme étant « *an essential and settled rule of international law* »³¹⁸.
451. Ignorant complètement la finalité des conclusions non annulées de la Sentence Initiale, le Tribunal de Nouvel Examen a rouvert le débat et l'analyse, par le biais de quatre questions posées au cours de l'audience³¹⁹ relatives (i) à l'investissement des Demanderesses, (ii) au concept d'indemnisation, (iii) au statut du Décret n° 165 et (iv) au sens de la Décision n° 43, et il a tranché à nouveau ces questions, sous couvert d'interprétation.

³¹⁵ Requête en Annulation, para. 218.

³¹⁶ Requête en Annulation, paras. 194-197 ; Mémoire sur l'Annulation, paras. 406-418.

³¹⁷ Mémoire sur l'Annulation, paras. 299 ss.

³¹⁸ *Trail Smelters Arbitration (États-Unis c. Canada)*, Décision du Tribunal arbitral, 35 American Journal of International Law, 1941, pp. 684 ss., 699 (CL-318).

³¹⁹ Mémoire sur l'Annulation, paras. 293-349.

452. Certes, soutiennent les Demanderesses, les tribunaux arbitraux disposent d'un « certain pouvoir d'interprétation, essentiellement dicté par la nécessité de comprendre pour appliquer »³²⁰. Cependant, ce pouvoir est limité à une « *interpretative controversy* » et ne doit pas être mal utilisé pour porter atteinte à l'autorité de la chose jugée, en particulier dans le cas où il n'existe pas de désaccord entre les parties sur une question donnée³²¹.
453. Les Demanderesses se réfèrent à *Amco c. Indonésie (II)* au soutien de leur argument selon lequel les comités ont le droit de vérifier si une interprétation est raisonnable et ne nuit pas au principe de l'autorité de la chose jugée. Le comité *ad hoc* a conclu :

*If a new Tribunal reconsiders an issue not annulled, it exceeds its power. [...] Its interpretation could be considered as a manifest excess of powers only if it were manifestly outside any bona fide interpretation of the first committee's decision and therefore obviously untenable.*³²²

454. En l'espèce, le Tribunal de Nouvel Examen a agi de mauvaise foi et il n'a pas résolu un différend relatif à l'interprétation, mais en a créé un en ignorant l'accord des Parties et les termes sans ambiguïté de la Sentence Initiale.
455. Selon les Demanderesses, le Tribunal de Nouvel Examen :
- a redéfini le concept de compensation en contradiction avec la décision du Tribunal Initial et la substance claire du droit international ;
 - n'a tenu aucun compte de l'accord des Parties sur la définition de la compensation comme étant nécessairement pécuniaire ;
 - a refusé d'accepter la conclusion du Tribunal Initial selon laquelle la Défenderesse a manqué à son obligation de garantir un traitement juste et équitable et de s'abstenir de tout déni de justice ;

³²⁰ Mémoire sur l'Annulation, para. 375.

³²¹ Tr. Jour 3 (14 mars 2019), pp. 632-636 (version anglaise) ; Mémoire sur l'Annulation, paras. 374-395.

³²² *Amco c. Indonésie (II)*, Décision sur l'Annulation, 17 décembre 1992, para. 8.07 (CL-308) (soulignement omis).

- a rejeté les éléments de preuve que le Tribunal Initial avait acceptés ;
- n'a pas accepté le préjudice, le lien de causalité ni le dommage qui avaient été prouvés et a nié l'existence d'un dommage matériel, en contradiction avec les conclusions du Tribunal Initial qui allaient dans le sens opposé ;
- a refusé de déterminer le quantum des dommages-intérêts conformément au mandat limité qui lui avait été conféré par la Décision Initiale sur l'Annulation ;
- a constamment confondu préjudice, dommage et indemnisation en contradiction avec la décision claire du Tribunal Initial telle que validée par le Premier Comité ; et
- a dénaturé les conclusions du Premier Comité en déclarant que celui-ci a interprété les déclarations du Tribunal Initial comme signifiant que « les arguments des Demanders concernant les dommages-intérêts étaient strictement limités à ceux fondés sur l'expropriation » (Sentence après Nouvel Examen, paragraphe 229), alors que, en réalité, le Comité avait seulement conclu à une contradiction³²³.

456. Les Demanders soutiennent que ce raisonnement et cette décision du Tribunal de Nouvel Examen sont le résultat en partie de l'exercice d'un pouvoir et de prérogatives qu'il n'avait pas, en partie du refus d'exercer un pouvoir qu'il avait et, en tout état de cause, de la non-application du droit applicable ; en bref, il s'agit d'un excès de pouvoir.

457. Les Demanders affirment que l'excès est manifeste. En premier lieu, une simple lecture de la Sentence Initiale, de la Décision Initiale sur l'Annulation, des écritures des Parties et de la transcription de l'audience révèle que le Tribunal de Nouvel Examen a substitué sa propre décision aux parties de la Sentence Initiale ayant autorité de la chose jugée et qu'il n'a tenu aucun compte de l'accord entre les Parties. Cela est « évident, flagrant ou discernible sans effort »³²⁴. En second lieu, les conséquences de l'excès de pouvoir sont particulièrement graves. Il a conduit le Tribunal de Nouvel Examen à nier l'existence d'un

³²³ Requête en Annulation, paras. 189 ss., 204, 206, 212-214 ; Mémoire sur l'Annulation, paras. 288, 298-314, 363-365, 397-398 et 431-493 ; Réplique sur l'Annulation, paras. 55-63, 125-130, 142-144.

³²⁴ Mémoire sur l'Annulation, paras. 486-488, 578-581.

préjudice et d'un dommage et a ainsi complètement annihilé l'effet et le résultat de la décision définitive et ayant force obligatoire du Tribunal Initial³²⁵.

458. En ce qui concerne l'inobservation grave d'une règle fondamentale de procédure, les Demanderesses soutiennent que la conduite, les arguments et la décision présentées dans le cadre de l'excès de pouvoir manifeste attestent en même temps d'une partialité et d'un parti pris constants en faveur de la Défenderesse.
459. Voici quelques exemples de partialité et de parti pris : (1) la mauvaise définition du concept de compensation, (2) la confusion entre préjudice et quantum, (3) le rejet et la mauvaise interprétation d'éléments de preuve, (4) la dénaturation de la décision du Premier Comité, (5) le non-respect de l'accord entre les Parties quant à la nature du dommage et de l'indemnisation. Par ces stratagèmes, le Tribunal de Nouvel Examen a essayé d'effacer les résultats de la Sentence Initiale, dans la mesure où celle-ci était favorable aux Demanderesses, a donné une description réductrice et caricaturale des arguments des Demanderesses et a suivi les arguments des Défenderesses de manière frauduleuse et de mauvaise foi³²⁶.
460. En ce qui concerne un défaut de motifs entachant la Sentence, les Demanderesses avancent les arguments suivants.
461. Les Demanderesses ont exposé en détail leurs arguments sur les dommages subis dans leurs écritures et par le biais d'avis d'experts et de plaidoiries devant le Tribunal de Nouvel Examen. En particulier, elles ont soutenu de manière cohérente que le dommage causé par les violations du standard du traitement juste et équitable était équivalent au dommage causé par la confiscation des actions de CPP et EPC en 1973-1975 et devait être calculé de manière à établir la juste valeur marchande à ce moment-là.

³²⁵ Mémoire sur l'Annulation, paras. 489-492, 582.

³²⁶ Requête en Annulation, paras. 203, 205, 231, 237 ; Mémoire sur l'Annulation, paras. 296, 320, 331, 338, 361 ; Réplique sur l'Annulation, para. 61(iii).

462. Malgré la reconnaissance de ces dommages par le Tribunal Initial, à laquelle est attachée l'autorité de la chose jugée, le Tribunal de Nouvel Examen s'était contenté de faire un résumé très superficiel de ces arguments aux paragraphes 70-74 de la Sentence, et il avait indiqué au paragraphe 196 de la Sentence que les Demanderesses avaient plaidé « *a full theory of damages* »³²⁷. Cela est « *inconsistent with 232, which suggests that they hadn't even begun to outline such a theory* »³²⁸.
463. En outre, par une « distorsion frauduleuse »³²⁹, le Tribunal de Nouvel Examen a simplement affirmé que les Demanderesses n'avaient pas satisfait à la charge de prouver « quel préjudice a été causé à l'une ou/et l'autre du fait de la violation par la Défenderesse de la norme de traitement juste et équitable du TBI, puis d'établir en termes financiers le dommage quantifiable correspondant », et que « dans un sens, elles n'ont même pas cherché à le faire »³³⁰.
464. De cette manière, « la Sentence de Resoumission, par la façon dont elle a traité, ou plutôt refusé de traiter la théorie des Demanderesses concernant la nature de leur préjudice et l'évaluation de celui-ci, s'est donc rendue coupable tant d'un défaut de motifs que d'un excès de pouvoir manifeste »³³¹. En fait, il est impossible de comprendre « le cheminement suivi par le tribunal pour parvenir à sa conclusion »³³². Elle est, selon les Demanderesses, futile, grossièrement insuffisante et inadéquate et elle doit donc être annulée pour défaut de motifs³³³.

³²⁷ Tr. Jour 3 (14 mars 2019), p. 647 (version anglaise).

³²⁸ Tr. Jour 3 (14 mars 2019), pp. 650-651 (version anglaise) ; Réplique sur l'Annulation, para. 61(ii).

³²⁹ Requête en Annulation, para. 231.

³³⁰ Sentence après Nouvel Examen, paras. 231-232.

³³¹ Requête en Annulation, para. 231.

³³² Mémoire sur l'Annulation, para. 637.

³³³ Requête en Annulation, paras. 227-231 ; Mémoire sur l'Annulation, paras. 631-645 ; Réplique sur l'Annulation, paras. 193-199.

(2) La position de la Défenderesse

465. La Défenderesse réfute les affirmations des Demanderesses relatives à un excès de pouvoir manifeste, une inobservation grave d'une règle fondamentale de procédure et un défaut de motifs entachant la Sentence après Nouvel Examen et elle soutient que la requête en annulation doit être rejetée.
466. La Défenderesse avance les arguments suivants.
467. Elle note d'emblée que les Demanderesses ont ciblé plusieurs questions que le Tribunal de Nouvel Examen a posées au cours de l'audience en ce qui concerne leurs investissements, la nature de l'indemnisation, le statut du Décret n° 165 et de la Décision n° 43. Les Demanderesses soutiennent que, par le biais de ces questions, le Tribunal avait rouvert le débat sur des points ayant déjà fait l'objet d'une décision bénéficiant de l'autorité de la chose jugée. Puisque seules des sentences peuvent être annulées et non des questions, les arguments des Demanderesses sont inappropriés et doivent être rejetés sommairement³³⁴.
468. En outre, les questions étaient pertinentes, elles concernaient des points qui avaient fait l'objet de débats au cours de l'instance et n'avaient rien de surprenant³³⁵. L'allégation des Demanderesses selon laquelle le Tribunal a fait preuve de partialité et de parti pris chaque fois qu'il s'est rangé du côté de la Défenderesse est sans fondement, car une telle allégation exige – comme l'a indiqué le comité *ad hoc* dans l'affaire *Tulip c. Turquie*, soumise par les Demanderesses – « *clear and incontrovertible substantiation* », preuves que les Demanderesses n'ont pas rapportées³³⁶.
469. En substance, le Tribunal de Nouvel Examen n'a pas rouvert de questions qui avaient fait l'objet d'une décision définitive et ayant force obligatoire après la Décision du Premier Comité, et il a respecté les décisions du Tribunal Initial qui bénéficiaient de l'autorité de la chose jugée.

³³⁴ Contre-Mémoire sur l'Annulation, paras. 348-349.

³³⁵ Contre-Mémoire sur l'Annulation, paras. 351-358.

³³⁶ Contre-Mémoire sur l'Annulation, para. 360.

470. En ce qui concerne les questions relatives à la nature exacte de l'investissement qui demeure après l'expropriation et à la reconnaissance de la pertinence des faits, événements, arguments et éléments de preuve postérieurs à l'expropriation, le Tribunal de Nouvel Examen a accepté la décision du Tribunal Initial selon laquelle le long retard dans la procédure devant les tribunaux chiliens, qui s'est poursuivie bien après 1997, et la Décision n° 43 du 28 avril 2000 constituaient des violations de l'article 4 du TBI, étant donné que le Premier Comité avait conclu « que 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 »³³⁷, confirmant ainsi l'autorité de la chose jugée de la conclusion du Tribunal Initial et rejetant l'argumentation du Chili. Ces faits démentent les allégations des Demanderesses selon lesquelles le Tribunal de Nouvel Examen n'a pas respecté les conclusions du Tribunal Initial sur les investissements des Demanderesses et a refusé de prendre en considération les faits, événements, arguments et éléments de preuve postérieurs à 1997. En réalité, le Tribunal n'a rejeté que les faits et éléments de preuve postérieurs à la Sentence Initiale.³³⁸
471. En outre, les allégations des Demanderesses selon lesquelles le Tribunal de Nouvel Examen a excédé son pouvoir ne respectant pas les conclusions du Tribunal Initial sur le préjudice, le lien de causalité et les dommages, qui ont autorité de la chose jugée, sont dénuées de tout fondement : en ce qui concerne le préjudice, le Tribunal Initial n'a nulle part essayé de « *purport to identify any injury at all — let alone an injury resulting specifically from the BIT violation that it had found (which the First Tribunal expressly distinguished from an expropriatory act)* »³³⁹.
472. En ce qui concerne les dommages, le Tribunal Initial avait indiqué que ceux résultant de la confiscation n'appelaient aucune analyse particulière³⁴⁰ et que, pour les dommages allégués causés par les violations du standard du TJE, les Demanderesses n'avaient pas apporté de preuve³⁴¹. Ceci est contraire à ce que prétendent les Demanderesses. Il en résulte

³³⁷ Décision Initiale sur l'Annulation, para. 168.

³³⁸ Contre-Mémoire sur l'Annulation, para. 370 ; Duplique sur l'Annulation, paras. 54-61.

³³⁹ Duplique sur l'Annulation, para. 84 (caractères gras dans l'original); Contre-Mémoire sur l'Annulation, para. 376.

³⁴⁰ Sentence Initiale, para. 680.

³⁴¹ Sentence Initiale, para. 689.

que le Tribunal de Nouvel Examen ne peut pas avoir excédé son pouvoir en ne respectant pas les conclusions du Tribunal Initial ayant autorité de la chose jugée, en premier lieu, parce que le Tribunal Initial n'est jamais parvenu à de telles conclusions et, en second lieu, parce que les parties de la Sentence Initiale qui révèlent les conclusions du Tribunal Initial ont été annulées et n'ont pas autorité de la chose jugée³⁴².

473. L'allégation des Demanderesses selon laquelle le Premier Comité a confirmé les conclusions du Tribunal Initial sur le préjudice et les dommages va également à l'encontre de sa déclaration sans équivoque :

Après examen de l'ensemble du dossier, notamment des arguments des parties, le Comité ne peut que conclure que les parties n'ont jamais débattu des dommages découlant des violations de l'article 4 de l'API.³⁴³

474. La Défenderesse soutient en outre que les Demanderesses ont dénaturé la conclusion du Tribunal de Nouvel Examen sur l'indemnisation, dans un vain effort de démontrer qu'il avait excédé son pouvoir et avait fait preuve de parti pris en ne tenant pas compte de la décision du Tribunal Initial sur l'indemnisation qui avait autorité de la chose jugée.
475. En premier lieu, le Tribunal de Nouvel Examen a reconnu explicitement que le droit à indemnisation des Demanderesses avait fait l'objet d'une décision ayant autorité de la chose jugée au paragraphe 3 du dispositif de la Sentence Initiale. En même temps, il avait compris que « ce qui peut donner lieu à de nouveaux débats à la demande des Demanderesses, c'est la nature de la compensation qui leur est due en vertu du paragraphe 3 en raison de la violation établie au paragraphe 2, à la suite de l'annulation de l'évaluation prononcée par le Tribunal Initial au paragraphe 4 »³⁴⁴.

³⁴² Contre-Mémoire sur l'Annulation, paras. 375-377 ; Duplique sur l'Annulation, paras. 84-87.

³⁴³ Décision Initiale sur l'Annulation, para. 262.

³⁴⁴ Sentence après Nouvel Examen, para. 177.

476. Ces deux éléments de la Sentence Initiale devaient être interprétés « *to evaluate what these determinations meant in practical terms* », ce qui n'est pas – sur le principe – contesté par les Demanderesses³⁴⁵. Dans cet exercice :

[L]e Tribunal l'interprète [le paragraphe 3] comme établissant le droit à une réparation qui résulte nécessairement de la constatation de la violation d'une obligation internationale, mais sans déterminer d'avance la forme ou la nature que cette réparation doit prendre, sauf peut-être le postulat non explicite que, dans le cas normal, elle peut prendre la forme de dommages intérêts. Mais il n'interprète pas ce paragraphe comme dispensant une partie qui demande des dommages-intérêts de son obligation normale de prouver le préjudice ainsi que le lien de causalité³⁴⁶.

477. De ce fait, le Tribunal de Nouvel Examen a confirmé que les Demanderesses avaient un droit à indemnisation, conformément à la décision du Tribunal Initial ayant autorité de la chose jugée, mais que, en même temps, elles avaient l'obligation de prouver quelle indemnisation était due du fait de la violation de l'article 4 du TBI. Les Demanderesses ont eu largement la possibilité de satisfaire à cette obligation et de s'acquitter de la charge de la preuve, mais elles ont décidé de ne pas le faire. Le Tribunal de Nouvel Examen ne pouvait que confirmer ce manquement et conclure qu'il « ne peut donc pas, par principe, octroyer de dommages-intérêts »³⁴⁷.

478. Le Tribunal de Nouvel Examen a pris soin de rester dans le cadre de la décision du Tribunal Initial ayant autorité de la chose jugée et il a élaboré son raisonnement sans aucune contradiction interne en évitant de répéter l'erreur commise par le Tribunal Initial, à savoir de « *select a damages figure arbitrarily* », ce qui avait entraîné une annulation partielle³⁴⁸.

479. En second lieu, le Tribunal de Nouvel Examen n'a pas remplacé le terme « compensation » par « satisfaction ». Au lieu de cela, après s'être livré à une interprétation de la Sentence

³⁴⁵ Contre-Mémoire sur l'Annulation, para. 393.

³⁴⁶ Sentence après Nouvel Examen, para. 201.

³⁴⁷ Sentence après Nouvel Examen, para. 234.

³⁴⁸ Contre-Mémoire sur l'Annulation, para. 396.

Initiale, il a relevé en passant et outre sa conclusion principale³⁴⁹ qu'une reconnaissance formelle du statut des Demanderesses en tant que victimes d'un déni de justice « constitue en soi une forme de satisfaction au regard du droit international »³⁵⁰.

F. LA NON-APPLICATION DU DROIT APPLICABLE PAR LE TRIBUNAL DE NOUVEL EXAMEN

(1) La position des Demanderesses

480. Aux paragraphes 253-264 de leur Requête en Annulation et aux paragraphes 681-691 de leur Mémoire sur l'Annulation, les Demanderesses développent leur argumentation selon laquelle le Tribunal de Nouvel Examen n'a pas appliqué le droit applicable, en particulier la Constitution chilienne, mais également les décisions des tribunaux chiliens, pour déterminer que la confiscation n'était pas valable et était sans effet juridique et qu'elle n'avait pas mis fin à la propriété de M. Pey. Ces arguments ont été examinés dans la Section VII.A. de la présente Décision.

481. Aux paragraphes 265-269 de leur Requête en Annulation, les Demanderesses soutiennent en outre que le Tribunal de Nouvel Examen n'a pas appliqué le droit applicable lorsqu'il a rejeté leur demande en réparation du dommage moral.

482. Les Demanderesses se réfèrent à la jurisprudence en matière d'arbitrage CIRDI ainsi qu'à la doctrine pour affirmer qu'il « est incontestable que les tribunaux CIRDI ont compétence pour accorder des dommages moraux »³⁵¹.

483. Immédiatement après, les Demanderesses affirment que la non-application catégorique par le Tribunal du droit chilien dans le traitement des dommages moraux est manifeste et que le Tribunal a ainsi commis un excès de pouvoir³⁵².

³⁴⁹ Contre-Mémoire sur l'Annulation, paras. 393, 398.

³⁵⁰ Sentence après Nouvel Examen, para. 256(2).

³⁵¹ Requête en Annulation, para. 265.

³⁵² Requête en Annulation, para. 266 ; *voir aussi* para. 267 où les Demanderesses se réfèrent à leurs écritures devant le Tribunal de Nouvel Examen : paras. 339 et 340 de leur Réplique du 9 janvier 2015 (C-40) et para. 164 de leur Mémoire du 27 juin 2014 (C-8).

484. Elles parviennent à cette conclusion car, d'une part, le Tribunal n'a pas appliqué la jurisprudence de la Cour Suprême chilienne, qui a décidé à plusieurs reprises qu'une personne ayant subi des dommages moraux est dispensée de la charge de les prouver³⁵³ et, d'autre part, en droit international, le pouvoir d'accorder une indemnisation au titre des dommages moraux ne dépend pas d'une détermination préalable d'un préjudice ou d'un dommage matériel³⁵⁴.
485. Ce dernier argument, selon les Demanderesses, découle directement des termes clairs de l'article 31(2) des Articles sur la Responsabilité de l'État, qui dispose que « tout dommage, **tant matériel que moral** » doit être réparé³⁵⁵.
486. Les Demanderesses en concluent que « le paragraphe 243 de la Sentence dans la procédure en annulation doit être annulé pour excès de pouvoir manifeste »³⁵⁶.
487. Aux paragraphes 270-275 de leur Requête en Annulation, les Demanderesses soutiennent que le Tribunal de Nouvel Examen n'a pas examiné leur demande en restitution des bénéfiques, fondée sur le principe de l'enrichissement sans cause au regard du droit international, bien qu'elles l'aient soumise dans la Procédure de Nouvel Examen, comme cela ressort du paragraphe 52 de la Sentence après Nouvel Examen³⁵⁷.
488. Cela constitue une non-application du droit applicable car « [les] Demanderesses faisaient valoir l'enrichissement injuste en tant que doctrine générale du droit international » et « [la] législation applicable selon l'article 10(4) de l'API Espagne-Chili inclut les principes du droit international »³⁵⁸.
489. Le Tribunal était compétent au regard du droit international pour considérer la question des violations persistantes d'obligations secondaires résultant du manquement au standard du

³⁵³ Requête en Annulation, para. 267.

³⁵⁴ Requête en Annulation, para. 268.

³⁵⁵ Requête en Annulation, para. 268 (caractères gras dans l'original).

³⁵⁶ Requête en Annulation, para. 269.

³⁵⁷ Requête en Annulation, paras. 271-272.

³⁵⁸ Requête en Annulation, para. 271.

traitement juste et équitable. Il aurait dû ordonner à la Défenderesse de rendre les bénéfices qu'elle avait tirés de l'utilisation des biens des Demanderesses. Cependant, il a mal interprété la position des Demanderesses à cet égard :

Le manquement absolu à appliquer la législation applicable dans ce contexte a amené le 2^{ème} Tribunal à une compréhension ou énonciation erronée, dans la section K de sa Sentence, de la réclamation des Demanderesses comme constituant une reformulation de la demande selon laquelle la prétendue confiscation **initiale** était une violation du traité, ce qu'avait été exclu par le Tribunal initial avec l'autorité de la chose jugée, étant donné que l'acte en question était hors du domaine temporel du traité.³⁵⁹

490. Les Demanderesses demandent l'annulation de la Section K de la Sentence pour non-application du droit applicable³⁶⁰. Le Comité suppose qu'elles se réfèrent à un excès de pouvoir manifeste.

(2) La position de la Défenderesse

491. La Défenderesse n'a pas exposé sa position en ce qui concerne la demande en annulation du paragraphe 243 (sur les dommages moraux) et de la Section K (sur l'enrichissement sans cause) de la Sentence après Nouvel Examen. Elle soutient que la demande fondée sur l'enrichissement sans cause « *appears to have been abandoned in the Annulment Memorial* »³⁶¹ et que, en ce qui concerne la demande fondée sur les dommages moraux, les « *Claimants appear to have abandoned this claim as well* »³⁶².

³⁵⁹ Requête en Annulation, para. 275 (caractères gras dans l'original).

³⁶⁰ Requête en Annulation, para. 270.

³⁶¹ Contre-Mémoire sur l'Annulation, p. 127, note de bas de page 639.

³⁶² Contre-Mémoire sur l'Annulation, p. 127, note de bas de page 643.

G. LE REJET DE LA DEMANDE EN RESTITUTION AU TITRE DES DOMMAGES CONSÉCUTIFS À LA DÉFENSE DE L'INVESTISSEMENT ET DU DROIT À L'ARBITRAGE

(1) La position des Demanderesses

492. Aux paragraphes 8-23 de leur Réplique sur l'Annulation, en date du 9 novembre 2018, les Demanderesses ont introduit une demande en annulation de la Sentence après Nouvel Examen, en affirmant que le Tribunal de Nouvel Examen :

- a commis une inobservation grave d'une règle fondamentale de procédure (article 52(1)(d))³⁶³ ; et
- n'a pas motivé sa Sentence (article 52(1)(e)),

lorsqu'il n'a pas expliqué pourquoi il a rejeté la demande de « dommages consécutifs à la défense de l'investissement et du droit à l'accès à l'arbitrage [devant le CIRDI] » soumise par les Demanderesses³⁶⁴ et lorsqu'il n'a pas pris en considération les documents justifiant ces dommages, « ce qui constitue un manquement à une répartition appropriée de la charge de la preuve et une manifestation de partialité grave » de sa part³⁶⁵. Elles réitèrent la norme juridique non contestée sur le défaut de motifs et la différence entre un appel et une annulation³⁶⁶, comme cela est présenté dans le Chapitre VI de la présente Décision.

493. Les Demanderesses soutiennent que la demande ne contient pas de nouveaux motifs d'annulation mais de nouvelles raisons au soutien des motifs déjà invoqués dans la Requête en Annulation du 10 octobre 2017 et le Mémoire sur l'Annulation du 27 avril 2018. Elles réagissent au Contre-Mémoire sur l'Annulation de la Défenderesse du 20 juillet 2018. Cette approche est généralement admise dans les instances CIRDI, comme cela est résumé dans *Togo Électricité c. Togo*, où le Comité a conclu que « la Convention CIRDI n'empêche pas

³⁶³ Aux paragraphes 21 et 22 de leur Réplique sur l'Annulation, les Demanderesses se réfèrent à l'article 52(1)(c) au lieu de se référer à l'article 52(1)(d). Le Comité considère qu'il s'agit d'une erreur typographique.

³⁶⁴ Réplique sur l'Annulation, titre de la Section 3.

³⁶⁵ Réplique sur l'Annulation, para. 20.

³⁶⁶ Réplique sur l'Annulation, paras. 21-23.

les parties de soulever de nouveaux arguments à l'appui de leur demande en annulation à un stade ultérieur de la procédure »³⁶⁷.

494. Les Demanderesses soutiennent qu'elles ont exposé des frais accessoires de près de 12 millions d'euros liés aux mesures prises entre 1997 et 2013 afin de garantir et faire valoir leurs demandes motivées par la conduite de la Défenderesse pendant et après la procédure initiale et pendant la procédure devant le Premier Comité, et qu'elles ont porté ces demandes devant le Tribunal de Nouvel Examen avec des justificatifs détaillés et non contestés, comme le prouvent les paragraphes 120, 121 et 132 de la Sentence³⁶⁸.
495. Elles font valoir que ces frais doivent être remboursés pour garantir une *restitutio in integrum*, un principe généralement admis en droit international. Elles s'appuient sur un commentaire de l'article 36 des Articles sur la Responsabilité de l'État, selon lequel « il est bien établi que les dépenses accessoires donnent lieu à indemnisation si elles sont raisonnablement engagées »³⁶⁹ ainsi que sur la pratique judiciaire et arbitrale internationale³⁷⁰.
496. Elles présentent en détail le raisonnement du Tribunal de Nouvel Examen³⁷¹ et affirment qu'il équivaut à un défaut de motifs, en particulier à la lumière de l'article 48(3) de la Convention CIRDI qui oblige les tribunaux à motiver leur décision :

Il n'existe dans la SR aucune motivation appliquée à la demande relative aux dommages consécutifs qui permettrait de comprendre le raisonnement l'ayant porté à refuser, au 8^{ème} point du Dispositif, la restitution des presque douze millions d'euros de dommages consécutifs que les Demanderesses ont été forcées d'engager dans la défense de leur investissement durant les dix-huit années écoulés entre

³⁶⁷ *Togo Électricité et GDF-Suez Energie Services c. République togolaise*, Décision sur l'Annulation, 6 septembre 2011, para. 89 (C-13) ; identique à *Soufraki c. EAU*, Décision du Comité *ad hoc* sur la Requête en annulation de Mr. Soufraki, 5 juin 2007, para. 33 (CL-305).

³⁶⁸ Réplique sur l'Annulation, paras. 9, 12, 18.

³⁶⁹ James Crawford, *The International Law Commission's Articles on State Responsibility: Introduction, Text and Commentaries*, Cambridge University Press 2002, Article 36, para. 34 (RL-034).

³⁷⁰ Réplique sur l'Annulation, paras. 9-10.

³⁷¹ Réplique sur l'Annulation, para. 17.

la date de dépôt de leur Requête initiale d'arbitrage, le 3 novembre 1997, et celle de la fin de l'exécution forcée du point 5 du Dispositif de la Sentence initiale, le 2 novembre 2015³⁷².

497. Quant à l'allégation d'une inobservation grave d'une règle fondamentale de procédure, les Demanderesses écrivent :

D'autre part, la SR a rejeté cette demande sans avoir en aucune façon pris en considération les pièces justificatives, incontestées, du montant des dommages causés aux Demanderesses, ce qui constitue un manquement à une répartition appropriée de la charge de la preuve et une manifestation de partialité grave de la part du TR sanctionnée à l'article 51(1)(d) la Convention.³⁷³

498. Les Demanderesses ne vont pas plus loin dans leurs arguments.

(2) La position de la Défenderesse

499. La Défenderesse réfute les arguments et la demande des Demanderesses pour les motifs procéduraux et substantiels exposés dans les paragraphes 115-122 de sa Duplique sur l'Annulation en avançant les arguments suivants.
500. En premier lieu, elle affirme que le Tribunal Initial et le Premier Comité se sont prononcés de manière définitive sur les frais liés aux différentes phases de la procédure et que ces décisions ont autorité de la chose jugée³⁷⁴.
501. En deuxième lieu, les Demanderesses déforment la décision du Tribunal Initial ayant autorité de la chose jugée lorsqu'elles allèguent une violation de l'article 3 du TBI et des articles 53(1) et 54(1) de la Convention CIRDI. Ni le Premier Comité ni le Tribunal Initial n'ont constaté de telles violations³⁷⁵.

³⁷² Réplique sur l'Annulation, para. 18 (notes de bas de page omises).

³⁷³ Réplique sur l'Annulation, para. 20.

³⁷⁴ Duplique sur l'Annulation, para. 116.

³⁷⁵ Duplique sur l'Annulation, para. 116.

502. En troisième lieu, la requête des Demanderesses concerne de nouvelles demandes. Elles ont été introduites plus de deux ans après la Sentence, très longtemps après l'expiration du délai de 120 jours prévu à l'article 52(2) de la Convention CIRDI³⁷⁶.
503. En quatrième lieu, il est inexact de soutenir que le Tribunal de Nouvel Examen n'a pas motivé sa décision de ne pas faire droit à la demande relative aux frais antérieurs. Il a précisé que son rôle était limité, qu'il n'était pas autorisé à examiner de nouveau des décisions ayant autorité de la chose jugée telles que celles relatives aux frais, que, en tout état de cause, le Tribunal avait indiqué de manière explicite – dans les notes de bas de page 355 et 358 – que la décision sur les frais était dénuée de toute pertinence aux fins de la Procédure de Nouvel Examen et qu'elle ne serait pas réexaminée, et qu'il ne pouvait pas se prononcer sur les dommages-intérêts³⁷⁷.
504. En cinquième lieu, il est évident que le Tribunal n'avait pas le pouvoir de renverser la décision sur les coûts déjà rendue par le Tribunal Initial et le Premier Comité, et les tribunaux ne sont pas tenus « *to explain self-evident truths* »³⁷⁸. La Défenderesse s'appuie sur le commentaire du Professeur Schreuer, selon lequel une sentence « *will not be annulled if the reasons for a decision, though not stated, are readily apparent to the ad hoc committee* »³⁷⁹.
505. En sixième lieu et en particulier en ce qui concerne l'allégation selon laquelle il y a eu une inobservation grave d'une règle fondamentale de procédure, les Demanderesses n'ont fait que présenter deux affirmations complètement insuffisantes, qui ne se réfèrent pas à une règle de procédure, et encore moins à une règle de procédure fondamentale, qui ne démontrent pas comment le Tribunal s'est écarté d'une règle, et qui n'expliquent pas en quoi l'inobservation alléguée était grave³⁸⁰.

³⁷⁶ Duplique sur l'Annulation, para. 118.

³⁷⁷ Duplique sur l'Annulation, para. 119.

³⁷⁸ Duplique sur l'Annulation, para. 120.

³⁷⁹ Christoph H. Schreuer, *The ICSID Convention – A Commentary* (2^{ème} éd.), Cambridge University Press 2009, Article 52, para. 362 (RALA-0006).

³⁸⁰ Duplique sur l'Annulation, para. 121.

H. LA DÉCISION SUR LA QUALITÉ DE MME CORAL PEY GREBE DANS LA PROCÉDURE DE NOUVEL EXAMEN

(1) La position des Demanderesses

506. Aux paragraphes 698-753 de leur Mémoire sur l'Annulation, en date du 27 avril 2018, aux paragraphes 234-253 de leur Réplique sur l'Annulation, en date du 9 novembre 2018, et pendant l'audience³⁸¹, les Demanderesses ont présenté la question de la qualité de Mme Pey Grebe dans la procédure. Elles soutiennent que le Tribunal de Nouvel Examen a commis une série d'erreurs annulables lorsqu'il a décidé qu'elle n'avait pas qualité pour agir en tant que partie bien qu'elle soit un investisseur, et qu'elle était plutôt la représentante des Demanderesses.
507. Au paragraphe 753 de leur Mémoire sur l'Annulation, elles demandent au Comité d'annuler le paragraphe 1 du dispositif et les paragraphes 187-188 de la Sentence après Nouvel Examen pour excès de pouvoir manifeste. Elles demandent également, au paragraphe 250 de leur Réplique sur l'Annulation, l'annulation sur le fondement des autres motifs d'inobservation grave d'une règle fondamentale de procédure et de défaut de motifs. En outre, au paragraphe 251 de leur Réplique sur l'Annulation, elles demandent au Comité d'annuler l'ensemble de la Sentence pour inobservation grave d'une règle fondamentale de procédure (partialité).
508. Elles rappellent que M. Pey Casado demeure partie à la procédure en étant représenté par son conseil, le Dr. Garcés, et que, remplacer celui-ci et imposer Mme Pey Grebe en qualité de nouveau conseil contre la volonté de l'ensemble des parties intéressées³⁸² est constitutif d'un excès de pouvoir et d'un défaut de motifs.
509. Elles rappellent en outre que M. Pey Casado avait cédé à sa fille, Mme Pey Grebe, ses « actions, titres, droits et créances » par acte notarié en date du 15 mars 2013 et qu'elle s'est substituée à son père dans la procédure CIRDI en cours en reconnaissant dans cet acte

³⁸¹ Tr. Jour 1 (12 mars 2019), pp. 37-39.

³⁸² Mémoire sur l'Annulation, paras. 701-704 ; Réplique sur l'Annulation, paras. 236-238.

qu' « elle se subroge au lieu et place du CÉDANT pour ce qui concerne la poursuite dudit arbitrage auprès du CIRDI [...] conformément à ce que dispose l'article cinquante-deux (six) de la Convention CIRDI »³⁸³.

510. Elle est donc devenue un investisseur dans CPP S.A. au sens de l'article 25 de la Convention CIRDI, d'une manière qui n'est pas différente de la Co-Demanderesse, la Fondation Président Allende³⁸⁴, à laquelle M. Pey Casado avait cédé une partie de ses actions le 27 avril 1990³⁸⁵.
511. En sa qualité de cessionnaire, elle était devenue ayant droit et partie à la procédure, encore une fois d'une manière qui n'est pas différente de la Co-Demanderesse, la Fondation Président Allende, étant donné que la cession était valable sans autorisation du gouvernement, que Mme Pey avait la double nationalité, comme son père, et que la question de la nationalité était tranchée de manière définitive avec l'enregistrement de la procédure initiale³⁸⁶. Les Demanderesse citent le Professeur Hanotiau qui relève que « *[p]ersons others than formal signatories may be parties to the arbitration agreement [...]* [such as] *assignees [...]* »³⁸⁷.
512. Le Tribunal Initial a reconnu de manière formelle et avec l'autorité de la chose jugée que M. Pey Casado avait qualité pour agir devant le tribunal CIRDI en tant qu'investisseur et propriétaire, comme l'a confirmé le Premier Comité, et que cette reconnaissance s'applique à Mme Pey Grebe en qualité de son ayant droit, de la même façon que la décision ayant autorité de la chose jugée sur la qualité pour agir de la Fondation et sur la nationalité de M. Pey Casado s'appliquent à elle *mutatis mutandis*³⁸⁸.

³⁸³ Réplique sur l'Annulation, para. 248, qui cite l'acte notarié (C-264) (caractères gras et soulignement omis) ; Mémoire sur l'Annulation, para. 705.

³⁸⁴ Mémoire sur l'Annulation, paras. 733-736 ; Réplique sur l'Annulation, paras. 238, 248.

³⁸⁵ Sentence Initiale, para. 538.

³⁸⁶ Mémoire sur l'Annulation, paras. 720, 723-731, 740 ss. ; Réplique sur l'Annulation, paras. 246-252.

³⁸⁷ Bernard Hanotiau, « Who are the Parties to the Contract(s) or to the Arbitration Clause(s)...? », dans *Complex Arbitration: Multiparty, Multicontract, Multi-Issue and Class Actions*, Kluwer Law International 2006, para. 12 (CL-371).

³⁸⁸ Mémoire sur l'Annulation, paras. 712, 740, 749, 723 ss. ; Réplique sur l'Annulation, paras. 241-247.

513. Compte tenu de ces éléments factuels et juridiques établis, le Tribunal de Nouvel Examen a manifestement excédé ses pouvoirs :

- lorsqu'il a nié à Mme Pey Grebe sa qualité d'investisseur, d'ayant droit et par là-même de partie à la procédure, par identité avec son prédécesseur³⁸⁹ ;
- lorsqu'il a rouvert la question de sa nationalité³⁹⁰ ;
- lorsqu'il n'a pas respecté la décision définitive du Tribunal Initial quant à la qualité d'investisseur de la Fondation et ne la lui a pas appliquée³⁹¹ ;
- lorsqu'il a refusé de reconnaître l'identité des Parties à la procédure initiale, privant ainsi Mme Pey Grebe de l'accès à l'arbitrage international et la laissant dans le flou juridique (« *legal limbo* »)³⁹² ; et
- lorsqu'il a imposé Mme Pey Grebe en tant que nouvelle représentante dans la procédure, en remplacement du Dr. Garcés³⁹³.

514. Le Tribunal de Nouvel Examen n'a pas motivé la Sentence après Nouvel Examen :

- lorsqu'il a affirmé « *ex cathedra* »³⁹⁴ et contrairement aux conclusions du Tribunal Initial que « le transfert ne serait pas de nature à satisfaire l'exigence classique d'identité de parties »³⁹⁵ ;

³⁸⁹ Mémoire sur l'Annulation, paras. 726 ss., 737 ss., 753 ; Réplique sur l'Annulation, para. 240. *Voir aussi* Réplique sur l'Annulation, para. 242.

³⁹⁰ Mémoire sur l'Annulation, paras. 739 ss., 753.

³⁹¹ Mémoire sur l'Annulation, paras. 740 ss., 753 ; Réplique sur l'Annulation, paras. 244-248.

³⁹² Tr. Jour 1 (12 mars 2019), pp. 37-39.

³⁹³ Mémoire sur l'Annulation, paras. 701-704 ; Réplique sur l'Annulation, paras. 236-238.

³⁹⁴ Réplique sur l'Annulation, paras. 246-247.

³⁹⁵ Sentence après Nouvel Examen, para. 187.

- lorsqu'il s'est contredit en refusant une indemnisation financière et en même temps en spéculant sur les arrangements internes entre M. Pey Casado et Mme Pey Grebe en ce qui concerne cette indemnisation potentielle³⁹⁶ ; et
- lorsqu'il a excédé ses pouvoirs en remplaçant le conseil et en niant la qualité pour agir de Mme Pey Grebe³⁹⁷.

515. Tout cela :

[E]ntraîne, également, l'annulation de la SR dans son intégralité pour manque manifeste d'impartialité de la part du TR dans le traitement des droits de M. Pey Casado et Mme. Pey Grove garantis par l'API et l'autorité de la chose jugée de la SI relative à la transmission de la qualité d'investisseur étranger attachée à la transmission des actions de CPP S.A.³⁹⁸

Les Demanderesses ne donnent pas plus de précisions sur cette affirmation.

(2) La position de la Défenderesse

516. La Défenderesse réfute les arguments des Demanderesses sur des motifs procéduraux et substantiels. Elle avance les arguments suivants.
517. En premier lieu, les Demanderesses n'ont pas respecté le délai de 120 jours prévu par l'article 52(2) de la Convention CIRDI et l'article 51(1)(c) du Règlement d'arbitrage du CIRDI pour l'introduction d'un nouveau motif d'annulation, sans aucune excuse³⁹⁹.
518. En second lieu, les Demanderesses n'ont pas justifié en quoi l'excès de pouvoir allégué était manifeste et grave, quelle règle fondamentale de procédure le Tribunal n'avait pas

³⁹⁶ Réplique sur l'Annulation, para. 237.

³⁹⁷ Réplique sur l'Annulation, para. 238.

³⁹⁸ Réplique sur l'Annulation, para. 251.

³⁹⁹ Contre-Mémoire sur l'Annulation, paras. 365-366 ; Duplique sur l'Annulation, paras. 67-68.

observée et pourquoi l'inobservation alléguée était grave et en quoi les motifs faisaient défaut ou étaient contradictoires⁴⁰⁰.

519. En troisième lieu, les Demanderesses essaient de démontrer que le Tribunal s'est trompé dans sa décision, ce qui équivaut à un appel de la Sentence, appel qui est irrecevable⁴⁰¹.
520. En quatrième lieu, les conclusions et le raisonnement du Tribunal quant à la qualité des Demanderesses dans le différend et à l'impossibilité d'admettre un nouveau demandeur sont convaincants, en conformité avec l'article 52 de la Convention CIRDI, qui exige que les parties soient identiques tout au long de la procédure, et en tout état de cause « tenable ». En outre, le Tribunal a indiqué les motifs sur lesquels il a fondé sa décision. Certes, le raisonnement est succinct, mais il n'en demeure pas moins qu'il existe⁴⁰². En outre, le raisonnement sur la répartition en interne d'une compensation hypothétique n'est pas en contradiction avec le rejet définitif par le Tribunal d'une compensation financière, étant donné que le Tribunal a clairement exposé ses idées au conditionnel⁴⁰³.
521. En cinquième lieu, les Demanderesses déforment la conclusion du Tribunal sur la qualité de Mme Pey Grebe en tant que représentante de M. Pey Casado. Le Tribunal n'a jamais indiqué qu'il la considérait comme étant un nouveau conseil dans la procédure et il a continué à s'adresser au Dr. Garcés en tant que conseil, mais il a essayé de donner à Mme Pey Grebe un statut au regard du droit substantiel⁴⁰⁴.

I. LA CONCLUSION SUR LES FRAIS DANS LA DÉCISION SUR LA CORRECTION

(1) La position des Demanderesses

522. Aux paragraphes 276-280 de leur Requête en Annulation et aux paragraphes 754-757 de leur Mémoire sur l'Annulation, les Demanderesses demandent l'annulation des

⁴⁰⁰ Contre-Mémoire sur l'Annulation, para. 367 ; Duplique sur l'Annulation, paras. 65, 66, 69-74, 78, 81.

⁴⁰¹ Contre-Mémoire sur l'Annulation, para. 367.

⁴⁰² Contre-Mémoire sur l'Annulation, para. 368 ; Duplique sur l'Annulation, paras. 63, 71-74.

⁴⁰³ Réplique sur l'Annulation, paras. 79-80.

⁴⁰⁴ Réplique sur l'Annulation, paras. 79-80.

paragraphes 58, 61 et 62(b) de la Décision sur la Correction de la Sentence, en date du 6 octobre 2017. La demande tendant à annuler également le paragraphe 7 du dispositif de la Sentence après Nouvel Examen⁴⁰⁵ a été retirée au cours de l'audience⁴⁰⁶.

523. Les Demanderesses soutiennent que le Tribunal les a condamnées à payer l'intégralité des frais de la procédure de correction, bien qu'elles n'aient échoué que sur les demandes en récusation des arbitres, et non en ce qui concerne les erreurs dans la Sentence, que le Tribunal a été obligé de constater et de corriger⁴⁰⁷.
524. La décision du Tribunal sur la répartition des frais est en contradiction avec la pratique arbitrale, selon laquelle, dans leurs décisions sur la répartition des frais, les tribunaux tiennent normalement compte du fait qu'une partie a eu ou non gain de cause dans le différend ; cette approche a notamment été retenue par un tribunal dont l'arbitre M. Veeder était membre et dans laquelle il avait décidé de partager les frais après une décision de correction équilibrée⁴⁰⁸. Elle est également en contradiction avec les propres fondements exposés par le Tribunal aux paragraphes 249-251 de la Sentence après Nouvel Examen⁴⁰⁹.
525. Les Demanderesses allèguent une « partialité évidente [...] et le caractère arbitraire » du Tribunal et demandent au Comité d'annuler « dans sa totalité les §§58, 61 et 62(b) de la Décision du 6 octobre 2017, pour les motifs établis à l'article 52(1) de la Convention, lettres (b), (d) et (e) »⁴¹⁰. Au paragraphe 757 de leur Mémoire sur l'Annulation, les Demanderesses allèguent en outre une « inobservance grave d'une règle fondamentale de procédure, un excès de pouvoir manifeste et absence de motif »⁴¹¹.

⁴⁰⁵ Mémoire sur l'Annulation, para. 757.

⁴⁰⁶ Tr. Jour 3 (14 mars 2019), p. 22.

⁴⁰⁷ Requête en Annulation, para. 276.

⁴⁰⁸ Requête en Annulation, para. 277 ; Mémoire sur l'Annulation, para. 755.

⁴⁰⁹ Requête en Annulation, para. 279.

⁴¹⁰ Requête en Annulation, para. 280.

⁴¹¹ Mémoire sur l'Annulation, para. 757.

(2) La position de la Défenderesse

526. La Défenderesse soutient que les Demanderesses n'ont formulé aucun des motifs d'annulation « *in sufficient detail to be intelligible* » et n'ont pas examiné leurs différents éléments⁴¹².
527. En outre, le fait qu'un membre du Tribunal ait été arbitre dans une autre instance dans laquelle le tribunal était parvenu à une conclusion différente est dénué de toute pertinence pour la présente affaire⁴¹³.
528. La Défenderesse soutient qu'il n'est pas exact que les Demanderesses ont eu gain de cause dans leurs demandes en correction. En effet, « *Chile had in fact agreed that certain rectifications were needed* » et avait fait des propositions en ce sens, qui ont été acceptées par le Tribunal à une exception près⁴¹⁴.
529. Enfin, elle fait valoir que les Demanderesses avaient employé une « *vexatious litigation strategy during the Rectification Proceeding* » et avaient utilisé abusivement cette stratégie comme un moyen d'obtenir la récusation des arbitres, Sir Berman et M. Veeder. Cette approche a fait obstacle à une conduite efficace et économique de la procédure. Compte tenu des circonstances, le Tribunal a décidé à juste titre de condamner les Demanderesses à payer l'intégralité des frais⁴¹⁵.

⁴¹² Contre-Mémoire sur l'Annulation, para. 409.

⁴¹³ Contre-Mémoire sur l'Annulation, paras. 410-411.

⁴¹⁴ Contre-Mémoire sur l'Annulation, para. 412.

⁴¹⁵ Contre-Mémoire sur l'Annulation, para. 412.

VIII. L'ANALYSE PAR LE COMITÉ DES MOTIFS D'ANNULATION

A. LA NOMINATION DE M. ALEXIS MOURRE ET L'APPROCHE DU TRIBUNAL DE NOUVEL EXAMEN FACE AUX DEMANDES TENDANT À SA RÉCUSATION PRÉSENTÉES PAR LES DEMANDERESSES

530. Les Demanderesses ont formulé leurs objections à la constitution du Tribunal de Nouvel Examen en ce qui concerne M. Mourre lorsque le Secrétariat a invité les Parties à nommer les arbitres. Leurs objections ont donc été soulevées en temps voulu et les délais ont également été respectés pour l'introduction de la présente Procédure en annulation, qui n'était possible qu'après le prononcé de la Sentence après Nouvel Examen. Cependant cette demande en annulation doit être rejetée pour les raisons suivantes.

(1) Vice dans la constitution du tribunal

531. Le consentement et l'autonomie des parties sont des éléments essentiels du système CIRDI. Les parties ont le contrôle de la procédure. L'une des expressions fondamentales de l'autonomie est liée à la constitution du tribunal. Cette autonomie s'exerce soit en convenant du mode de nomination des arbitres, soit en nommant l'un d'eux de manière individuelle, comme le prévoit l'article 37(2)(b) de la Convention CIRDI. Comme il s'agit d'un droit fondamental, la Convention CIRDI ne prévoit un mécanisme applicable à défaut d'accord entre les parties que dans des circonstances particulières.

532. Ces considérations générales s'appliquent également aux procédures de nouvel examen, comme cela ressort de l'article 52(6) de la Convention CIRDI et de l'article 55(2)(d) du Règlement d'arbitrage du CIRDI.

533. L'article 52(6) de la Convention CIRDI dispose que « le différend est [...] soumis à un nouveau tribunal [...] ». Ces termes sont dépourvus de toute ambiguïté. Comme le font observer à juste titre les Demanderesses, lorsqu'une sentence est annulée, elle n'est plus définitive et la procédure recommence depuis le début. Le différend se poursuit, mais la procédure est confiée à un nouvel organe chargé de statuer sur le différend. Le tribunal de nouvel examen n'a aucun lien avec l'organe précédent ayant statué, dont il n'est pas la

continuation. Les Demanderesses ont donc tort de présumer que les nouveaux arbitres « prennent la place » des arbitres des phases précédentes du différend.

534. L'article 52(6) dispose en outre que le nouveau tribunal est « constitué conformément à la section 2 » du chapitre IV, en d'autres termes aux articles 37 à 40 de la Convention CIRDI. Chaque fois que les rédacteurs de la Convention CIRDI se réfèrent à d'autres dispositions et à leur application *mutatis mutandis*, ils le font avec précision, comme c'est le cas de l'article 52(4) de la Convention CIRDI. Le Comité n'a aucun doute que la référence aux articles 37 à 40 vise à exclure l'applicabilité d'autres articles pour la constitution du nouveau tribunal.
535. En particulier, la référence à la Section 2 du Chapitre IV exclut sans aucune ambiguïté toute référence au Chapitre V et plus précisément aux pouvoirs du Président en vertu de l'article 56(3).
536. Cela ne signifie pas que l'article 56(3) de la Convention CIRDI est inapplicable dans la procédure de nouvel examen. Il serait applicable si et dans la mesure où ses conditions sont satisfaites. Si l'un des arbitres démissionne au cours de la procédure de nouvel examen, le Président du Conseil administratif a l'obligation de nommer un arbitre pour le remplacer. En l'espèce, toutefois, c'est la situation inverse : l'arbitre que les Demanderesses cherchent à remplacer par le biais d'une nomination effectuée par le Président du Conseil administratif a expressément déclaré qu'il ne souhaitait pas démissionner.
537. En outre, les propres termes de l'article 56(3) font également obstacle à son application à la constitution d'un tribunal de nouvel examen comme une simple conséquence du fait que cet article a été appliqué au tribunal initial. L'article 56(3) dispose que, si un arbitre nommé par une partie « démissionne sans l'assentiment [...] du Tribunal dont il est membre », le Président du Conseil administratif « pourvoit à la vacance » en prenant un nom sur la liste appropriée. Ces termes limitent clairement le champ d'application à la reconstitution du même tribunal.

538. L'article 55(2)(d) du Règlement d'arbitrage du CIRDI met en œuvre l'article 52(6) de la Convention CIRDI. Aux termes de cette disposition, le Secrétariat doit « inviter les parties à procéder [...] à la constitution d'un nouveau Tribunal, composé du même nombre d'arbitres, nommés de la même manière, que pour le Tribunal initial ». Là encore, puisque le nouveau tribunal n'est pas la continuation de l'ancien, la méthode à utiliser pour constituer le tribunal de nouvel examen est celle utilisée pour constituer le tribunal initial. L'article 55(2)(d) du Règlement d'arbitrage du CIRDI ne peut pas disposer autrement étant donné les termes clairs de l'article 52(6) de la Convention CIRDI qu'il met en œuvre.
539. Les Demanderesses soutiennent que la référence au « Tribunal initial » qui figure à l'article 55(2)(d) du Règlement d'arbitrage du CIRDI ne vise pas le tribunal dans sa constitution initiale mais plutôt le tribunal qui a rendu la sentence. Selon les Demanderesses, cette interprétation est nécessaire pour donner effet à l'applicabilité de l'article 56(3) de la Convention CIRDI, qui contient une norme cruciale pour la probité des procédures arbitrales et la sanction continue du comportement inapproprié d'une partie.
540. Cependant, contrairement à ce que prétendent les Demanderesses, les termes « Tribunal initial », « Tribunal ayant initialement statué » et « Tribunal ayant rendu la sentence » ne sont pas utilisés de manière interchangeable dans la Convention CIRDI et le Règlement d'arbitrage du CIRDI. Certes, la même formule, « le Tribunal initial », est utilisée à la fois à l'article 51(3) du Règlement d'arbitrage du CIRDI pour les procédures d'interprétation et de révision et à l'article 55(2)(d) du Règlement d'arbitrage du CIRDI pour les procédures d'annulation. Cependant, cet argument ne trouve aucun fondement dans la Convention, qui prévaut sur le Règlement d'arbitrage. Dans les deux cas où la Convention se réfère au « Tribunal qui a statué » dans son article 50(2) pour l'interprétation et au « Tribunal ayant statué » dans son article 51(3) pour la révision, elle le fait car c'est précisément ce tribunal qui connaît le mieux la sentence et qui est donc le plus compétent pour l'interpréter ou pour déterminer s'il a été découvert ultérieurement des faits jusqu'alors inconnus qui justifient une révision. Ces procédures sont substantiellement différentes d'une procédure de nouvel examen, dans laquelle une affaire doit donner lieu, en totalité ou en partie, à une nouvelle décision.

541. L'article 55(2)(d) du Règlement d'arbitrage du CIRDI exige également du Secrétariat qu'il invite « les parties à procéder [...] à la constitution d'un nouveau Tribunal », et non « les parties ou le Président s'il a nommé l'un des membres du premier tribunal conformément à l'article 56(3) de la Convention » – ce qui aurait été la formule adéquate selon la position des Demanderesses.
542. Le Comité est d'accord avec les Demanderesses sur le fait que l'article 56(3) de la Convention CIRDI remplit une fonction importante pour l'efficacité et la probité de la procédure. Il existe toutefois plusieurs raisons pour lesquelles cette fonction n'a pas pu être activée par une « application par analogie » aux fins de la constitution du Tribunal de Nouvel Examen.
543. En premier lieu, la thèse des Demanderesses est contredite par les termes de l'article 52(6) et de l'article 56(3) de la Convention CIRDI, qui sont clairs, se suffisent à eux-mêmes et ne laissent aucune place à une « application par analogie ».
544. En second lieu, la thèse des Demanderesses ne trouve aucun soutien ni dans le contexte, ni dans l'objet et la finalité des dispositions pertinentes.
545. L'objet et la finalité de l'article 52(6) est de prévoir la constitution d'un *nouveau* tribunal. Aux termes de la Convention CIRDI, le principe est que la constitution des tribunaux arbitraux est entre les mains des parties, conformément au principe de l'autonomie (article 37 de la Convention CIRDI). La nomination des arbitres par le Président du Conseil administratif est une règle supplétive (article 38 de la Convention CIRDI). Par conséquent, l'objet et la finalité de l'article 52(6) et son contexte contredisent la thèse des Demanderesses.
546. Il en va de même pour l'objet et la finalité de l'article 56(3) de la Convention CIRDI ainsi que son contexte. Lorsqu'il s'agit de constituer un tribunal de nouvel examen, les fonctions

et les finalités de l'article 56(3) soit ne sont pas en cause, soit sont assurées par d'autres moyens. Selon les sources citées par les Demanderesses⁴¹⁶, ces fonctions sont triples :

- Une première fonction de l'article 56(3) est de préserver l'immutabilité de la composition des tribunaux. Cette fonction n'est pas en cause, puisque le tribunal de nouvel examen est un tribunal nouvellement constitué et par définition, aucun de ses membres n'a démissionné sans l'assentiment des autres arbitres.
- Une deuxième fonction possible de l'article 56(3) est d'empêcher une partie, au cours de la procédure, d'inciter l'arbitre qu'elle a désigné à démissionner de manière à le remplacer par une personne « plus accommodante ». Cette fonction n'est pas non plus en cause lorsqu'il s'agit de la constitution d'un tribunal de nouvel examen. Il n'y a aucune raison qu'une partie ne soit pas satisfaite de l'exécution de sa mission par l'arbitre qu'elle a nommé et essaie d'en obtenir la récusation avant même le début de la procédure de nouvel examen. À ce stade initial, chaque partie cherche à procéder à la meilleure nomination, et chaque arbitre déclare qu'il est indépendant et impartial. Chaque arbitre est présumé l'être, à moins d'être récusé conformément aux dispositions applicables.
- Une troisième fonction de l'article 56(3) est d'empêcher une partie de se livrer à des manœuvres dilatoires en faisant en sorte que l'arbitre qu'elle a nommé démissionne pour ensuite retarder la nomination de son remplaçant. S'agissant de la constitution d'un tribunal de nouvel examen, cette fonction est assurée par d'autres moyens. Si une partie ne nomme pas un arbitre dans un délai de 90 jours, le pouvoir de nommer l'arbitre en lieu et place de cette partie revient au Président du Conseil administratif conformément à l'article 38 de la Convention CIRDI, à la demande de l'une des parties.

547. En conclusion, les dispositions qui traitent de la constitution du tribunal de nouvel examen dans la Convention CIRDI et le Règlement d'arbitrage du CIRDI sont claires, cohérentes, logiques et complètes. Le Comité ne constate aucune lacune qui pourrait justifier une

⁴¹⁶ Requête en Annulation, paras. 58 ss., qui se réfère entre autres à M. Broches, au Professeur Schreuer et à une note du Secrétariat.

application par analogie de l'idée fondamentale d'une norme qui n'est pas applicable par le biais d'une interprétation conformément à l'article 31 de la Convention de Vienne sur le droit des traités. La non-application de l'article 56(3) ne conduit pas à une situation dans laquelle l'interprétation, conformément à l'article 31 de la Convention de Vienne sur le droit des traités, laisse le sens des articles 52(6) et 37 à 40 de la Convention CIRDI « ambigu ou obscur » ou conduit à un résultat « manifestement absurde ou déraisonnable » (article 32 de la Convention de Vienne sur le droit des traités).

548. En outre, dans la première phase de la présente procédure, le Président du Conseil administratif avait nommé un arbitre spécifique pour remplacer un autre arbitre spécifique. Rien dans cette décision n'indique que – à supposer que le Président du Conseil administratif dispose de tels pouvoirs – celle-ci fût destinée à prononcer une sanction à l'encontre du Chili au titre d'actes fautifs en relation avec la divulgation par l'arbitre qu'il avait nommé des délibérations du Tribunal Initial⁴¹⁷ et que le Président ait cherché à affirmer son pouvoir de nommer des arbitres en lieu et place du Chili pour la suite de la procédure.
549. Il convient d'ajouter que les craintes qui, selon la thèse des Demanderesses, justifieraient une « application par analogie » de l'article 52(6) ne se sont pas concrétisées. Le Chili n'a pas cherché à retarder la procédure en différant la nomination d'un arbitre, bien au contraire. La nomination de M. Mourre a été effectuée dans les meilleurs délais et, en nommant celui-ci, le Chili n'a pas choisi un arbitre « plus accommodant » que les autres arbitres qui l'avaient précédé, puisque les Demanderesses ont expressément confirmé que les qualités personnelles de M. Mourre n'étaient pas en cause et qu'elles n'avaient aucune raison de demander sa récusation.
550. Pour ces raisons, le Comité décide que la nomination de M. Mourre par le Chili était conforme aux articles 52(6) et 37(2)(b) de la Convention CIRDI et que la constitution du Tribunal était régulière. La demande en annulation soumise par les Demanderesses sur le

⁴¹⁷ *Supra*, para. 306.

fondement de l'article 52(1)(a) de la Convention CIRDI en ce qui concerne M. Mourre est par conséquent rejetée.

551. La décision sur la constitution régulière du Tribunal de Nouvel Examen n'est pas sans effet sur les autres motifs d'annulation allégués, à savoir un excès de pouvoir manifeste et une inobservation grave d'une règle fondamentale de procédure, dont se seraient rendus coupables le Tribunal mais également le Centre.

(2) Excès de pouvoir manifeste

552. Le Comité comprend que les Demanderesses affirment que le Centre et le Tribunal de Nouvel Examen ont excédé leurs pouvoirs, premièrement, en ne tenant pas compte des conclusions ayant force obligatoire du Tribunal Initial et, deuxièmement, en acceptant la nomination de M. Mourre.
553. Le Comité a soigneusement étudié la Sentence Initiale. Il n'a pas trouvé de décision ayant force obligatoire ni même de déclaration à l'effet que, lors des phases potentielles de nouvel examen, le Chili n'aurait pas la possibilité de nommer un arbitre. Les paragraphes 34 à 37 et 729 décrivent des violations des obligations en matière de déontologie d'arbitres particuliers et des incidents qui sont incompatibles avec la pratique de l'arbitrage international, mais ils n'envisagent pas les étapes de la procédure au cours des futures phases du différend. Le Tribunal Initial a conclu que l'arbitre démissionnaire avait violé ses obligations en matière de déontologie, mais il a considéré qu'il n'entraînait pas dans ses pouvoirs de rechercher si le Chili avait pris une quelconque initiative en ce sens⁴¹⁸. Par conséquent, le Centre n'a pas violé l'effet de l'autorité de la chose jugée lorsqu'il a surveillé la procédure de constitution du Tribunal de Nouvel Examen conformément à l'article 55(2)(d) du Règlement d'arbitrage du CIRDI, et le Tribunal de Nouvel Examen n'a pas violé cet effet en acceptant la constitution de ce Tribunal conformément à la Convention CIRDI et au Règlement d'arbitrage du CIRDI.

⁴¹⁸ Sentence Initiale, paras. 36-37.

554. En outre, ni le Centre ni le Tribunal de Nouvel Examen n'ont violé l'article 41(1) de la Convention CIRDI lorsque le Tribunal de Nouvel Examen a estimé, au cours de débats ayant donné lieu à controverses autour de la rédaction de l'Ordonnance de procédure n° 1 en 2013/2014, qu'il était régulièrement constitué et compétent pour statuer sur les questions qui lui étaient soumises. Le Tribunal de Nouvel Examen a fait ce que l'article 41(1) de la Convention CIRDI lui demande de faire, à savoir se prononcer sur sa compétence pour statuer sur la demande des Demanderesses relative au rôle de M. Mourre au sein du Tribunal de Nouvel Examen.
555. Enfin, ni le Centre ni le Tribunal de Nouvel Examen n'ont violé l'obligation figurant à l'article 44 de la Convention CIRDI. Une violation de l'article 44 de la Convention CIRDI exigerait l'existence d'une lacune dans les règles de procédure devant être comblée par la décision du Tribunal. Cependant, il n'existe pas de telle lacune dans des situations où un arbitre est nommé conformément aux règles de procédure. Les deux autres arbitres n'avaient aucun motif juridique de demander à M. Mourre de démissionner et il n'y avait aucun motif juridique pour demander au Président du Conseil administratif de nommer un arbitre. Par conséquent, le Centre a agi conformément à la Convention CIRDI et au Règlement d'arbitrage du CIRDI lorsqu'il a surveillé la constitution du Tribunal de Nouvel Examen conformément à l'article 55(2)(d) du Règlement d'arbitrage du CIRDI.
556. Le Comité rejette donc la demande des Demanderesses tendant à l'annulation de la Sentence après Nouvel Examen au titre d'un excès de pouvoir commis dans le cadre de la nomination de M. Mourre.

(3) Inobservation grave d'une règle fondamentale de procédure

557. En ce qui concerne l'allégation d'une inobservation d'une règle fondamentale de procédure, ni le Tribunal de Nouvel Examen – ni le Centre, d'ailleurs – n'ont violé de règle de procédure en refusant de prendre, à la demande des Demanderesses, des mesures en vue d'inviter M. Mourre à démissionner, estimant qu'il ne pouvait pas le faire sans une demande en récusation formelle, que les Demanderesses ont refusé de soumettre.

558. Les membres des tribunaux n'ont pas le pouvoir de prendre *sua sponte* une mesure contre un coarbitre. Une initiative de la part de l'une des parties est nécessaire. Le Comité ne souscrit pas à l'argument des Demanderesses selon lequel une demande en récusation sur le fondement de l'article 57 de la Convention CIRDI était « inapplicable », étant donné que leur refus d'accepter la nomination de M. Mourre n'était pas fondé sur l'une quelconque de ses qualités personnelles. Comme le fait remarquer la Défenderesse, l'article 57 de la Convention CIRDI permet non seulement d'examiner les qualités personnelles d'un arbitre, mais également de déterminer si l'arbitre « remplissait les conditions requises pour la nomination », conformément aux articles 37 à 40 de la Convention CIRDI. Bien que ces articles ne prévoient pas l'hypothèse envisagée par les Demanderesses, cela est inhérent au fait qu'elles recherchaient une application par analogie des dispositions de la Convention CIRDI. Il appartenait aux Demanderesses d'agir de manière cohérente sur le fondement de leur position quant à une application par analogie de l'article 56(3) de la Convention CIRDI. Par conséquent, il leur appartenait de demander la récusation de M. Mourre en soumettant une demande en récusation de celui-ci sur la base de l'application (par analogie) de l'article 57. À défaut d'une telle demande, le Tribunal de Nouvel Examen n'était pas en mesure d'agir. Le Centre était encore moins à même de le faire.
559. Le Comité rejette donc la demande des Demanderesses tendant à l'annulation de la Sentence après Nouvel Examen au titre de la violation d'une règle fondamentale de procédure dans le cadre de la nomination de M. Mourre.
560. Finalement, toutes les demandes en annulation présentées en relation avec la nomination de M. Mourre en qualité d'arbitre du Tribunal de Nouvel Examen sont rejetées.

B. LES DEMANDES EN RÉCUSATION DE SIR FRANKLIN BERMAN ET DE M. V.V. VEEDER ; LEUR PRÉTENDU MANQUE MANIFESTE D'IMPARTIALITÉ ; LEUR PRÉTENDU REFUS DE DIVULGUER DES INFORMATIONS, D'EXAMINER DES FAITS PERTINENTS ET D'ORDONNER AU CHILI LA PRODUCTION DE DOCUMENTS ; LEUR PRÉTENDU COMPORTEMENT APRÈS LA DEUXIÈME DEMANDE EN RÉCUSATION

(1) Observations générales : les pouvoirs du Comité

561. Le présent Comité *ad hoc* a le pouvoir et le devoir de déterminer (i) si le Tribunal de Nouvel Examen a été régulièrement constitué ; (ii) si, une fois constitué, il a commis un excès de pouvoir manifeste et/ou s'est rendu coupable d'une inobservation grave d'une règle fondamentale de procédure et (iii) si le Tribunal de Nouvel Examen a motivé sa Sentence après Nouvel Examen. L'article 52(1) de la Convention CIRDI dispose sans aucune ambiguïté qu'une partie ne peut demander l'annulation que d'une « sentence ». Une décision de correction ne fait pas exception et est annulable car elle « fait partie intégrante de la sentence » (article 49(2) de la Convention CIRDI).
562. Le présent Comité n'a pas le pouvoir ni le devoir d'apprécier la conduite du Tribunal de Nouvel Examen dans la mesure où celle-ci n'a pas eu d'incidence sur la Sentence après Nouvel Examen. Tel est le cas de la conduite postérieure à la Sentence, pour autant que cette conduite ne met pas en évidence des erreurs liées à la phase antérieure à la Sentence, reflétant un comportement habituel ou un *modus operandi* caractérisant une conduite permanente.
563. Le Comité n'a pas non plus le pouvoir ni le devoir de déterminer si des décisions ou des opinions exprimées par certains arbitres, dans des lettres ou de toute autre manière, sont motivées. L'article 52(1)(e) dispose sans équivoque qu'une sentence ne peut être annulée que lorsque le tribunal n'a pas motivé sa *sentence*. Il ne permet pas l'annulation d'une sentence au motif que le tribunal ou un membre du tribunal n'a pas motivé des décisions de procédure en dehors de la sentence et *a fortiori* des décisions de procédure rendues postérieurement à la sentence.

564. En outre, les comités *ad hoc* ne peuvent pas, en principe, examiner *de novo* l'indépendance et l'impartialité d'un arbitre au mépris de la procédure qui s'est déroulée conformément aux articles 57 et 58 de la Convention CIRDI. Ils ne peuvent examiner cette question *de novo* que si la décision prise conformément aux articles 57 et 58 de la Convention CIRDI était si clairement déraisonnable qu'aucune personne raisonnable n'aurait pu y parvenir. C'est l'approche qui a été adoptée dans *EDF c. Argentine* et *Suez c. Argentine*⁴¹⁹. La même position a été retenue par le comité *ad hoc* dans *Mobil c. Argentine*⁴²⁰. Comme le soutient la Défenderesse, le comité dans l'affaire *Mobil* a expressément adhéré aux deux décisions ci-dessus mentionnées⁴²¹. Bien que les Demanderesses fassent à juste titre remarquer que la décision dans *Mobil* a reconnu de plus amples pouvoirs aux comités d'annulation⁴²², c'était pour permettre aux comités d'annulation d'évaluer l'impartialité d'un tribunal arbitral en fonction des décisions prises par le tribunal (ou par la majorité des arbitres) en ce qui concerne une demande en récusation formée à l'encontre de l'un d'entre eux⁴²³. Le Comité partage l'avis du comité dans *Mobil* à cet égard et il en tiendra compte, mais il relève qu'il ne concerne pas les circonstances dans lesquelles un comité d'annulation peut examiner *de novo* une demande en récusation sur laquelle s'est prononcé le Président du Conseil administratif, et non les autres arbitres.
565. Pour ces raisons, le Comité n'analysera pas une première série d'actes du point de vue de leur annulation éventuelle, à savoir :
- la décision du Tribunal du 21 novembre 2016 de rejeter une demande de divulgation de documents ;

⁴¹⁹ *EDF c. Argentine*, Décision sur l'Annulation, 5 février 2016, para. 145 (C-103). Voir aussi *Suez c. Argentine*, Décision sur l'Annulation, 5 mai 2017, paras. 188-189 (C-109).

⁴²⁰ *Mobil Exploration c. Argentine*, Décision sur la Requête en annulation de la République argentine, 8 mai 2019, para. 44.

⁴²¹ Écritures du Chili sur la Décision *Mobil c. Argentine*, 1^{er} juillet 2019, pp. 1-2.

⁴²² Réponse des Demanderesses au Comité *ad hoc*, 1^{er} juillet 2019, p. 2.

⁴²³ *Op. cit.*, paras. 44-46.

- la lettre du Président Berman du 1^{er} mars 2017 faisant part de son intention de ne pas participer à la procédure de récusation de M. Veeder ; et
- la décision du Tribunal du 15 juin 2017 de ne pas ordonner au Chili de communiquer des informations sur sa relation avec les Essex Court Chambers.

Ces actes ne sont pas annulables en soi. Cependant, ils seront analysés par le Comité de manière à déterminer si les vices susceptibles de les affecter ont une incidence sur la Sentence après Nouvel Examen justifiant son annulation.

566. Le Comité n'analysera pas non plus une seconde série d'actes du point de vue de leur annulation éventuelle, à savoir les deux décisions du Président du Conseil administratif sur les demandes en récusation de Sir Franklin Berman et de M. Veeder, en date du 21 février 2017 et du 13 avril 2017. Le présent Comité analysera uniquement les décisions du Président de manière à déterminer si elles empêchent ou, au contraire, exigent un nouvel examen de la régularité de la constitution du Tribunal.

(2) Lettre du Président Berman du 1^{er} mars 2017 : absence de conduite habituelle antérieure à la sentence

567. À ce propos, le Comité souhaite souligner d'emblée le point suivant. Il ne considère pas que la position du Président Berman, exprimée dans sa lettre du 1^{er} mars 2017, met en évidence une conduite habituelle antérieure à la sentence de sa part.
568. En ce qui concerne la lettre du 1^{er} mars 2017, les Demanderesses relèvent que le Président Berman a soumis la demande en récusation de M. Veeder au Président du Conseil administratif parce qu'il considérait cette demande en récusation comme un « appel » formé contre la précédente décision du Président du Conseil administratif sur la demande en récusation formée contre M. Veeder et lui-même. Les Demanderesses soutiennent qu'ainsi le Président Berman n'a pas tenu compte du fait que la nouvelle demande en récusation était fondée sur de nouveaux éléments de preuve, ce qui attesterait d'un manque d'impartialité de sa part.

569. Le Comité ne considère pas que la lettre du Président Berman en date du 1^{er} mars 2017 démontre un manque d'impartialité. Mentionner que la nouvelle demande en récusation de M. Veeder était « *not dissimilar to an appeal* », comme l'a fait le Président Berman, n'était peut-être pas tout à fait approprié. Toutefois, étant donné qu'une première demande en récusation de M. Veeder avait donné lieu à une décision du Président du Conseil administratif, et que les Demanderesses (comme elles le soulignent elles-mêmes) faisaient maintenant valoir de nouveaux faits, qui étaient liés aux faits précédemment soumis au Président, la nature de la nouvelle demande en récusation était une demande en révision de la décision antérieure du Président. Les demandes en révision sont généralement traitées par l'entité qui a rendu la décision initiale faisant l'objet de la demande en révision, comme il ressort de l'article 51 de la Convention CIRDI. Dans ce contexte, la position du Président Berman ne constitue pas un refus de sa part d'admettre que les Demanderesses apportaient de nouveaux éléments de preuve. Elle ne peut pas être qualifiée de déraisonnable ni interprétée comme mettant en évidence un manque d'impartialité au détriment des Demanderesses.

570. L'autre commentaire du Président Berman selon lequel, s'il devait statuer sur la nouvelle demande en récusation de M. Veeder, il (le Président Berman) risquerait d'être accusé d'avoir manqué de l'impartialité nécessaire au motif qu'il venait de faire l'objet d'une demande en récusation de la part des Demanderesses ou que la précédente demande en récusation comme la nouvelle portaient sur les relations entre des membres des mêmes *barristers' chambers*, avait à l'évidence pour objet de protéger l'intégrité de la procédure et plus précisément les droits et les intérêts des Demanderesses à cet égard. Un tel comportement est tout l'inverse d'un comportement démontrant une partialité au détriment des Demanderesses.

(3) Les décisions du Tribunal du 21 novembre 2016 et du 15 juin 2017 : absence de connaissance avant la sentence des faits prétendument pertinents

571. En ce qui concerne le refus de procéder à une enquête sur les relations existant entre les Essex Court Chambers et le Chili, le Président Berman et M. Veeder, et, au demeurant, les Demanderesses elles-mêmes, ont déclaré qu'ils ne savaient pas avant la date de la Sentence

après Nouvel Examen que des membres des Essex Court Chambers étaient intervenus en qualité de conseils pour et contre le Chili et avaient été rémunérés au titre de ces services. Les Demanderesses soutiennent que le Président Berman et M. Veeder n'ont pas dit la vérité à cet égard et le Chili prétend que ce sont les Demanderesses qui n'ont pas dit la vérité à cet égard.

572. Aucune Partie n'a produit d'éléments de preuve au soutien de ces allégations. Le Comité n'a aucune raison de douter de la sincérité des affirmations du Président Berman, de M. Veeder et des Demanderesses. Il fonde le raisonnement de la présente Décision sur l'Annulation sur le postulat selon lequel aucun d'eux n'a menti ni n'avait connaissance des relations existant entre d'autres membres des Essex Court Chambers et du Chili. Le Comité relève en outre que ni les relations, ni les honoraires payés par le Chili n'ont été contestés lorsque la question a été soulevée après que la Sentence avait été rendue.
573. Cette observation conduit inévitablement à la même conclusion que celle de l'affaire *Vivendi II* dans des circonstances comparables. Dans cette affaire, le comité *ad hoc* avait conclu que l'arbitre dont la récusation était demandée n'avait pas connaissance de circonstances susceptibles d'amener une partie à douter de la « garantie d'indépendance » (article 14 de la Convention CIRDI et article 6 du Règlement d'arbitrage du CIRDI). Par conséquent, les circonstances mises en cause « *had no material effect on the final decision of the Tribunal* »⁴²⁴.
574. Étant donné que ni le Président Berman, ni M. Veeder n'avaient connaissance de relations entre des membres des Essex Court Chambers et le Chili au moment où la Sentence a été rendue, une telle connaissance ne pouvait pas affecter leur jugement en ce qui concerne la Sentence. Une connaissance ultérieure n'a pas d'effet rétroactif sur la période antérieure à la Sentence. Il importe donc peu que la connaissance ait eu une quelconque incidence sur les décisions en cause du 21 novembre 2016 et du 15 juin 2017. La Convention ne se

⁴²⁴ *Vivendi c. Argentine (II)*, Décision sur la Requête de la République argentine tendant à l'annulation de la sentence rendue le 20 août 2007, 10 août 2010, para. 235 (C-107).

préoccupe que de l'absence de partialité affectant les sentences qui sont le résultat de la procédure d'arbitrage et non d'une conduite ultérieure.

(4) La probité institutionnelle de la Décision du Président du 13 avril 2017

575. Les Demanderesses soutiennent que la Décision du 13 avril 2017 par laquelle le Président du Conseil administratif a rejeté la demande en récusation de M. Veeder n'a pas été rendue par la bonne instance. La Décision doit donc être ignorée et le Comité doit statuer de nouveau sur la question de la récusation.
576. Plus précisément, les Demanderesses soutiennent que le Président Berman n'avait pas le droit de refuser de statuer sur la demande en récusation, avec le second arbitre, conformément à l'article 57 de la Convention CIRDI. Elles s'appuient sur l'affaire *Azurix c. Argentine*, dans laquelle le comité *ad hoc* avait conclu :

*Thus, for instance, a ground of annulment might exist under Article 52(1)(a) [...] if a decision on a proposal for disqualification was purportedly taken by a person or body other than the person or body prescribed by Article 58.*⁴²⁵

577. Cependant, comme cela a déjà été mentionné, la nouvelle demande des Demanderesses tendant à la récusation de M. Veeder était en fait une demande en révision de la précédente décision du Président du Conseil administratif sur la demande en récusation du Président Berman et de M. Veeder. Conformément à un principe général du droit procédural, comme il ressort de l'article 51 de la Convention CIRDI, les demandes en révision doivent, si possible, être portées devant l'instance ayant rendu la décision initiale. En conséquence, il n'y a pas de raison de considérer que la décision sur la nouvelle demande en récusation de M. Veeder a été rendue par une personne ou une instance qui ne dispose pas du pouvoir nécessaire.
578. Il en résulte également que l'affirmation des Demanderesses selon laquelle le processus décisionnel a violé le principe de l'ordre public international selon lequel « un arbitre [ne

⁴²⁵ *Azurix c. Argentine*, Décision sur la Demande en annulation de la République argentine, 1^{er} septembre 2009, para. 282 (C-69).

peut] s'abstenir dans l'accomplissement de l'obligation que la première phrase de l'article 58 lui impose tout en demeurant en fonction »⁴²⁶ est sans pertinence. La question est de savoir si le Président du Conseil administratif était autorisé à rendre la Décision et non si le Président Berman avait l'obligation de statuer sur la demande en récusation dans les circonstances de l'espèce. Ce n'est pas une question liée à l'ordre public, mais au mécanisme du système CIRDI.

579. En outre, l'argument des Demanderesses selon lequel le Président Berman aurait dû soit se prononcer sur la demande en récusation de M. Veeder, soit démissionner, n'est pas conforme à la solution prévue par le système CIRDI, alors que le Président Berman a refusé de statuer sur la demande en récusation. Vu sous cet angle, la question que doit trancher le présent Comité n'est pas celle de décider si le Président Berman était ou non en droit de refuser de participer à la procédure, mais plutôt celle de déterminer si le Président du Conseil administratif avait agi à bon droit lorsqu'il avait décidé à la place des arbitres.
580. L'article 58 de la Convention CIRDI ne prévoit pas spécifiquement la situation où l'un des autres arbitres refuse (ou, en l'espèce, les deux arbitres refusent) de prendre part à la procédure de récusation. Cependant, l'article 58 prévoit une série d'hypothèses dans lesquelles la décision doit être rendue par le Président du Conseil administratif, à savoir « en cas de partage égal des voix, ou si la demande en récusation vise un [...] arbitre unique ou une majorité [...] du Tribunal ». Ces hypothèses, considérées ensemble, montrent clairement que, lorsque la décision ne peut pas être rendue d'un commun accord entre les deux autres arbitres, il appartient au Président du Conseil administratif de statuer. Cette solution doit s'appliquer également dans le cas où l'un des autres arbitres ou les deux autres arbitres refuse(nt) de rendre une décision. Cela a pour conséquence que les autres arbitres ne parviennent pas à une décision consensuelle, que ce soit en faveur de la récusation ou contre la récusation, ce qui, selon les termes de l'article 58, déclenche le pouvoir de décision du Président du Conseil administratif.

⁴²⁶ Requête en Annulation, para. 172.

581. Le Comité partage l'avis du comité *ad hoc* dans *EDF c. Argentine* selon lequel, par le biais de l'article 58 de la Convention CIRDI, la « *machinery* » pour une récusation a été mise en place afin de permettre des solutions « *swift* »⁴²⁷. Cette disposition assure une économie procédurale équitable et rationnelle et traduit l'intention de réduire au minimum les pertes de temps et la possibilité d'une obstruction, comme le suggère l'article 9 du Règlement d'arbitrage du CIRDI. Même en supposant que l'abstention du Président Berman était injustifiée, une solution rapide et économique sur le plan procédural était nécessaire, qui, pour les raisons exposées ci-dessus, consistait clairement à demander au Président du Conseil administratif de rendre une décision.

(5) Les Décisions du Président du Conseil administratif du 21 février et du 13 avril 2017

582. Le Comité doit également déterminer si les Décisions du 21 février 2017 et du 13 avril 2017 rejetant la demande en récusation du Président Berman et de M. Veeder sont tenables et raisonnables.

583. Dans cet exercice, le Comité, comme cela a déjà été mentionné, se range du côté de l'avis majoritaire des comités *ad hoc* qui ont conclu que les décisions des autres arbitres ou du Président du Conseil administratif sur la demande en récusation d'un arbitre doivent être confirmées à moins d'être « *so plainly unreasonable that no reasonable decision-maker could have come to such a decision* »⁴²⁸. Cette position trouve un juste équilibre entre des considérations d'économie et d'intégrité procédurale qui sont les unes comme les autres fondamentales dans la Convention CIRDI. Le système procédural de la récusation, tel que le prévoient les articles 57 et 58 de la Convention CIRDI, se soucie essentiellement de l'efficacité et de l'économie procédurale et promeut la finalité des décisions, tandis que le système procédural de l'annulation se soucie essentiellement de la probité et de l'intégrité du système et établit le « *ad hoc committee as the guardian of the integrity of the arbitral*

⁴²⁷ *EDF c. Argentine*, Décision sur l'Annulation, 5 février 2016, para. 115 (C-103).

⁴²⁸ *EDF c. Argentine*, Décision sur l'Annulation, 5 février 2016, para. 145 (C-103).

procedure »⁴²⁹. Le Comité est d'accord avec *Suez c. Argentine*, où le comité *ad hoc* a conclu que :

[A] *scope of review wide enough to safeguard the integrity of the proceedings but not so wide as to re-consider the merits of a decision that was already taken in the underlying proceedings is in line with the object and purpose of the annulment proceeding within the regime of the ICSID Convention and thus also in line with the interpretation principles of Articles 31 and 32 of the Vienna Convention.*⁴³⁰

584. En maintenant cet équilibre, le Comité ne s'aventure pas sur le terrain d'une procédure d'appel, qui violerait le principe posé par l'article 53 de la Convention CIRDI. Il comprend l'appréhension du comité *ad hoc* dans *Azurix c. Argentine*, qui a refusé de décider si « *a decision under Article 58 was correct, as this would be tantamount to an appeal* »⁴³¹. Lorsqu'il examine si le Président du Conseil administratif a rendu des décisions qu'aucune personne raisonnable n'aurait rendues, la question ne porte pas sur le bien-fondé des décisions mais plutôt sur la protection de l'intégrité fondamentale de la procédure de récusation. L'appréhension légitime d'éviter un examen qui serait équivalent à un appel ne doit pas engendrer une réduction du rôle des comités au point d'empêcher la supervision de l'intégrité du système du CIRDI.
585. Le 21 février 2017, le Président du Conseil administratif a rendu une décision, qui a rejeté la demande en récusation du Président Berman et de M. Veeder pour des motifs de procédure. Il a estimé que la demande n'avait pas été soumise « dans les plus brefs délais, et en tout état de cause avant que l'instance ait été déclarée close », comme l'exige l'article 9(1) du Règlement d'arbitrage du CIRDI. Étant donné que le Président avait rejeté la demande en récusation pour des motifs de procédure, il n'a pas pris de décision quant au

⁴²⁹ *EDF c. Argentine*, Décision sur l'Annulation, 5 février 2016, para. 140 (C-103).

⁴³⁰ *Suez c. Argentine*, Décision sur la Demande en annulation de l'Argentine, 5 mai 2017, para. 92 (C-109), telle que confirmée par *Suez, Sociedad General de Aguas de Barcelona S.A. et Interagua Servicios Integrales de Agua S.A. c. République argentine*, Affaire CIRDI ARB/03/17, Décision sur la Demande en annulation de l'Argentine, 14 décembre 2018, para. 166 (CL-416), et par *Mobil c. Argentine*, Décision sur la Requête en annulation de la République argentine, 8 mai 2019, paras. 44 ss.

⁴³¹ *Azurix c. Argentine*, Décision sur la Demande en annulation de la République argentine, 1^{er} septembre 2009, para. 282 (C-69).

bien-fondé des allégations des Demanderesses selon lesquelles les deux arbitres n'étaient pas en mesure d'exercer leurs fonctions en toute indépendance.

586. Le Comité relève que le Président a interprété et appliqué les termes « dans les plus brefs délais » pour apprécier les circonstances factuelles et les exigences juridiques.

587. Il rappelle dans sa décision que :

- pendant le processus de nomination, le Président Berman et M. Veeder avaient tous deux révélé qu'ils étaient membres des Essex Court Chambers ;
- les Demanderesses avaient nommé M. Veeder après avoir donné leur accord sur la présidence de Sir Franklin Berman, ce qui impliquait que le fait que deux membres des Essex Court Chambers soient arbitres au sein du Tribunal ne soulevait pas de suspicion quant à leur indépendance et leur neutralité ;
- le Président Berman et M. Veeder avaient tous deux déclarés qu'ils n'avaient pas connaissance des relations entre d'autres membres des Essex Court Chambers et du Chili ;
- les Demanderesses ont demandé la récusation du Président Berman et de M. Veeder peu après que la Sentence après Nouvel Examen eut été rendue, alors que le Tribunal avait cessé d'exister mais avait été reconstitué pour statuer sur une demande en correction conformément à l'article 49(2) de la Convention CIRDI. Plus précisément, les Demanderesses indiquent qu'elles ont découvert le conflit d'intérêts allégué le 20 septembre 2016. Elles ont soumis la question au Secrétaire Général le 18 octobre 2016, après quoi le Centre a répondu que le Tribunal de Nouvel Examen avait cessé d'exister ; les Demanderesses ont alors déposé une demande en correction le 7 novembre 2016 et ont demandé à MM. Berman et Veeder de procéder à une

divulgateur complète des relations existant entre leurs *chambers* et le Chili le 10 novembre, et enfin ont demandé leur récusation⁴³² ; et

- la presse chilienne avait fait état régulièrement (notamment pendant la période de la Procédure de Nouvel Examen) de l'intervention de membres des Essex Court Chambers dans des différends impliquant le Chili devant des instances de décision internationales, que les Demanderesses ont régulièrement versé au dossier des articles de journaux et qu'elles ont basé leur enquête sur l'implication de membres des Essex Court Chambers sur un article paru dans la presse chilienne quelques jours après la Sentence après Nouvel Examen du 13 septembre 2016.

588. Ces éléments doivent être pris en considération pour déterminer si aucune personne raisonnable n'aurait pris la décision d'appliquer l'article 9 du Règlement d'arbitrage du CIRDI, comme l'a fait le Président du Conseil administratif⁴³³, et si aucune personne raisonnable n'aurait rejeté la demande des Demanderesses tendant à la récusation du Président Berman et de M. Veeder pour non-respect des délais.
589. Le Comité rappelle que, en ce qui concerne le respect des délais, la question qui lui est soumise et qui l'avait déjà été au Président du Conseil administratif n'était pas de déterminer si les membres du Tribunal de Nouvel Examen auraient dû mener une enquête sur ces relations et ne l'avaient pas fait, mais de déterminer si les Demanderesses auraient dû savoir que les arbitres pouvaient ne pas avoir rempli leurs obligations.
590. Le Comité sait que les coupures de presse que le Président du Conseil administratif a examinées n'ont pas toutes été communiquées aux Demanderesses. Il estime qu'il s'agit d'une erreur de procédure qui n'aurait pas dû se produire. Cependant, cette omission ne porte que sur quelques articles et elle n'a pas été déterminante pour le résultat. La substance des coupures de presse visées figure dans la note de bas de page 69 au paragraphe 88 de la décision dans laquelle le Président estime que le dossier, et notamment les coupures de

⁴³² Décision sur la demande de récusation de Sir Franklin Berman et de M. V.V. Veeder QC, 21 février 2017, pp. 2-5 ; Proposition de récusation de Messieurs Berman et Veeder des Demanderesses, 22 novembre 2016, p. 37 (C-118).

⁴³³ Décision sur la demande de récusation de Sir Franklin Berman et de M. V.V. Veeder QC, 21 février 2017, para. 94.

presse soumises par la Défenderesse, montrent qu'il était de notoriété publique depuis décembre 2012 que le Chili était assisté dans des procédures internationales par des membres des Essex Court Chambers. Le Président constate ensuite, au paragraphe 91, que les Demanderesses ont fait un usage régulier de coupures de presse, ce qui prouve qu'elles ont étudié la presse régulièrement. Ce n'est qu'ensuite que le Président se réfère aux coupures de presse qui n'ont pas été communiquées aux Parties (et qui sont indiquées dans la note de bas de page 72) pour faire une observation supplémentaire, à savoir que les Demanderesses ont utilisé les mêmes sources ou des sources similaires à celles dans lesquelles les informations ont été publiées en ce qui concerne la représentation du Chili par des *barristers* des Essex Court Chambers. Ce dernier point n'est pas indispensable pour la conclusion du Président selon laquelle les Demanderesses pouvaient ou auraient dû savoir que des *barristers* des Essex Court Chambers représentaient le Chili dans des procédures internationales.

591. Le Comité est en outre conscient du fait que les coupures de presse publiées antérieurement à celle qui a déclenché la recherche des Demanderesses mentionnaient les noms de membres des Essex Court Chambers mais pas leur affiliation à celles-ci. Le Comité comprend l'argument des Demanderesses selon lequel cela a rendu impossible ou déraisonnablement difficile pour elles d'établir un lien entre les informations publiquement disponibles et les Essex Court Chambers et MM. Berman et Veeder. Toutefois, bien que les Demanderesses aient fait valoir cet argument devant le Comité, il ne paraît pas avoir été soulevé devant le Président du Conseil administratif. Les écritures des Demanderesses devant le Président relèvent que leur demande en récusation a été formulée dans les plus brefs délais après la découverte de l'article de presse le 20 septembre 2016, mais elles n'expliquent pas pourquoi les Demanderesses n'ont pas pu trouver les informations en question plus tôt⁴³⁴. En outre, l'argument ne va pas de soi. Il peut sembler convainquant lorsqu'il est présenté, mais il ne saute pas à l'esprit lors d'une première analyse des faits pertinents. Le Comité considère que, de la même manière que, pour qu'un excès de pouvoir

⁴³⁴ Proposition de récusation de Messieurs Berman et Veeder des Demanderesses, 22 novembre 2016, para. 74 ss. (C-118).

soit « manifeste », il doit être perçu sans une analyse approfondie⁴³⁵, pour qu'une décision du Président du Conseil administratif soit clairement déraisonnable, le vice qui l'affecte doit être perceptible sans grand effort et sans une analyse plus profonde. Tel n'est pas le cas ici, l'argument des Demanderesses relatif aux conclusions qui pouvaient ou non être tirées des coupures de presse avant celle qui a déclenché leur recherche ne sautant pas à l'esprit à première vue.

592. En outre, la décision du Président n'est pas fondée exclusivement sur la constatation contestée par les Demanderesses selon laquelle elles pouvaient et auraient dû découvrir par la presse que d'autres membres des Essex Court Chambers représentaient le Chili dans des procédures internationales.
593. Un autre élément du raisonnement du Président est que les Demanderesses pouvaient et auraient dû interroger M. Veeder sur les relations professionnelles d'autres *barristers* des Essex Court Chambers :

92. [...] Si les Demanderesses étaient préoccupées par des conflits d'intérêts potentiels susceptibles de résulter des relations professionnelles d'autres *barristers* des Essex Court Chambers, elles auraient pu soulever ce point au moment de la nomination des Arbitres mis en cause. Cela aurait été prudent, notamment car il est notoire que les *chambers* de *barristers* considèrent que les *barristers* opèrent dans une stricte indépendance les uns à l'égard des autres, et que les *chambers* ne sont pas traitées comme l'équivalent de cabinets d'avocats en matière de conflits. Le dossier de la procédure ne contient aucun élément indiquant que les Demanderesses avaient des préoccupations à ce sujet.

594. Le raisonnement du Président du Conseil administratif à cet égard est fondé sur les circonstances spécifiques de l'espèce, à savoir sur le fait que, d'une part, les Demanderesses savaient que le Président Berman et M. Veeder étaient membres de la même *barristers' chamber* et, d'autre part, que les *barristers' chambers* sont généralement connues pour considérer leurs membres comme indépendants les uns des autres. Compte

⁴³⁵ *Supra*, para. 197.

tenu de ces deux éléments, à savoir, respectivement, la connaissance préalable et la connaissance générale, il n'était pas clairement déraisonnable pour le Président du Conseil administratif de considérer que, si les Demanderesses avaient des craintes en ce qui concerne d'éventuels conflits d'intérêts découlant de l'appartenance à la même *chamber* d'avocats, elles auraient pu soulever la question lors de la nomination des arbitres. Il n'était pas non plus clairement déraisonnable pour le Président du Conseil administratif de tenir compte de cet élément pour déterminer si la demande en récusation avait été formée en temps voulu.

595. Un autre élément sur lequel s'est appuyé le Président du Conseil administratif était que la demande en récusation avait été soulevée après le prononcé de la Sentence, alors que l'article 9 du Règlement d'arbitrage du CIRDI dispose qu'une demande en récusation doit être soumise dans les plus brefs délais « et en tout état de cause avant que l'instance ait été déclarée close » :

94. Pour que la Demande de récusation soit considérée comme ayant été soumise « dans les plus brefs délais », elle aurait dû être soumise au début de l'instance de nouvel examen, **et en tous les cas avant sa clôture**. Le Tribunal de nouvel examen, tel que reconstitué, a commencé l'instance en janvier 2014, a clôt l'instance en mars 2016 et a rendu la Sentence rejetant les prétentions des Demanderesses le 13 septembre 2016. Les Demanderesses ont fait une demande de renseignements sur la représentation du Chili par des barristers des Essex Court Chambers pour la première fois le 20 septembre 2016 et leur Demande a été soumise le 22 novembre 2016. Le Président du Conseil administratif considère que cette Demande ne peut être considérée comme soumise « dans les plus brefs délais » au sens de l'article 9(1) du Règlement d'arbitrage, et doit être rejetée. [caractères gras ajoutés ; notes de bas de page omises]

596. Ce raisonnement, qui s'appuie sur les termes de l'article 9(1) du Règlement d'arbitrage du CIRDI, s'intéresse à la finalité des sentences arbitrales. En l'espèce, il était préoccupé par le fait que le Tribunal de Nouvel Examen avait été rétabli par une demande en correction d'erreurs présentée par les Demanderesses après qu'elles se furent adressées au Secrétaire

général au sujet du conflit d'intérêts allégué et la réponse du Secrétaire général selon laquelle le Tribunal de Nouvel Examen était dessaisi (*functus officio*).

597. Encore une fois, le Président a identifié une disposition pertinente du Règlement d'arbitrage du CIRDI, a pris en compte ses termes exprès et les a confrontés à la nature spécifique des faits de l'espèce qui étaient pertinents pour l'application de cette disposition. Ce raisonnement syllogistique n'est pas manifestement déraisonnable.
598. Compte tenu de toutes ces observations, il n'était pas manifestement déraisonnable ni intenable de la part du Président du Conseil administratif d'appliquer l'article 9(1) du Règlement d'arbitrage du CIRDI et de décider que la demande des Demanderesses tendant à la récusation du Président Berman et de M. Veeder, présentée après la clôture de la procédure, n'avait pas été soumise dans les plus brefs délais.
599. Il convient également de rappeler que ni le Président Berman, ni M. Veeder n'avaient connaissance de relations existant entre des membres des Essex Court Chambers et le Chili au moment où la Sentence après Nouvel Examen a été rendue. Il en résulte que ces relations n'ont pas pu affecter leur jugement en ce qui concerne la Sentence après Nouvel Examen.
600. La Décision du Président du Conseil administratif en date du 21 février 2017 ne viole donc pas l'intégrité de la procédure CIRDI et le Comité n'a pas le pouvoir de l'ignorer et de statuer *de novo* sur cette question.
601. Le 13 avril 2017, le Président du Conseil administratif a rendu une deuxième « Décision sur les demandes en récusation de M. V.V. Veeder QC et de Sir Franklin Berman QC ». Cette Décision combine deux demandes distinctes en récusation de chacun d'eux, qui sont fondées sur des assertions indépendantes.
602. En ce qui concerne M. Veeder, les Demanderesses ont examiné avec attention les déclarations que celui-ci avait faites pour expliquer les raisons de sa démission de ses fonctions de président dans une autre affaire CIRDI⁴³⁶. Le Comité a soigneusement étudié

⁴³⁶ Requête en Annulation, paras. 141-165.

les allégations et estime qu'elles sont correctement résumées par le Président de la manière suivante :

*The Claimants' proposal to disqualify Mr. V.V. Veeder QC rests, in substance, on two grounds: a) Mr. V.V. Veeder QC lied concerning when he learned that Sir Christopher Greenwood QC's was appearing as counsel for the claimants in the Vanessa Ventures case ("First Ground"); and b) Mr. V.V. Veeder QC lied when he explained his resignation was not due to the fact that Sir Christopher Greenwood was practicing at Essex Court Chambers ("Second Ground").*⁴³⁷

603. Le Président a comparé les allégations des Demanderesses avec les explications de M. Veeder ainsi que d'autres documents produits par les Parties et M. Veeder. À l'issue de cet examen, il n'a pas trouvé « *any evidence that M. V.V. Veeder QC lied as alleged by the Claimants* »⁴³⁸. Il a exposé les motifs de son analyse et de sa décision aux paragraphes 54 à 67 de sa décision.
604. L'interprétation par le Président des éléments de preuve est en contradiction avec celle des Demanderesses. Le Comité n'a pas le pouvoir de décider entre deux interprétations. Il n'est pas une cour d'appel. Il doit plutôt examiner si l'analyse et la décision du Président sont manifestement déraisonnables et intenable et violent l'intégrité et la probité de la procédure.
605. Le Comité a étudié l'analyse du Président. Celui-ci a considéré que l'allégation des Demanderesses selon laquelle M. Veeder avait menti est fondée sur la supposition que les termes « *at the jurisdictional hearing* » utilisés par lui, faisaient référence au moment précis de l'audience – la comparution physique des conseils devant le tribunal – et non à une période plus longue. Le Président note que M. Veeder a expliqué qu'il avait pris connaissance des faits en question au cours de la période de préparation de l'audience, soit

⁴³⁷ Président du Conseil administratif, Décision sur les demandes de récusation de M. V.V. Veeder QC et de Sir Franklin Berman QC, 13 avril 2017, para. 51.

⁴³⁸ Décision du Président, Décision sur les demandes de récusation de M. V.V. Veeder QC et de Sir Franklin Berman QC, 13 avril 2017, para. 53.

quelques jours avant le début de l'audience. Le Président conclut que les termes utilisés par M. Veeder ne constituent pas un mensonge ni une formulation trompeuse⁴³⁹. Il s'agit d'une appréciation cohérente des faits, qui n'est ni influencée par des écritures malhonnêtes ni par un parti pris, et qui n'est ni intenable ni déraisonnable. Par conséquent, le Comité n'a pas le pouvoir de l'ignorer et de statuer *de novo* sur la question.

606. En ce qui concerne le Président Berman, les Demanderesses sont en désaccord avec sa lettre du 1^{er} mars 2017, dans laquelle il commente la deuxième demande en récusation de M. Veeder. Le Président Berman a écrit qu'« *it does not seem to me right that I should sit on this challenge* » parce que cela « *would lay itself open to an accusation that I lacked the necessary objectivity an impartiality* », car, en particulier, « *the new challenge, based as it is on the same ground as the old challenge, is not dissimilar to an appeal against the rejection of the latter* ». Il avait donc estimé que « *it would be more conducive to the health of the arbitration system [...] if the new challenge, like the old, were to be heard and decided by the Chairman of the Administrative Council. That would not, in my view, be in any sense incompatible with the provisions of the Convention and the Rules* »⁴⁴⁰.
607. Le Comité a déjà rejeté l'allégation des Demanderesses selon laquelle le Président du Conseil administratif s'est arrogé un pouvoir qu'il n'avait pas, lorsqu'il a pris sur lui de statuer sur la demande en récusation après avoir reçu la lettre du Président Berman.
608. En outre, le Comité a étudié avec soin l'analyse détaillée et la décision du Président du Conseil administratif concernant le bien-fondé de la demande des Demanderesses, aux paragraphes 68 à 77 de la Décision. Cette analyse a rejeté plusieurs assertions des Demanderesses au motif qu'elles étaient manifestement infondées. Le Président du Conseil administratif a ainsi considéré que le Président Berman n'avait pas indiqué que la nouvelle demande en récusation de M. Veeder était « *completely identical* » à la précédente mais qu'elle était « *not dissimilar* ». Le Président du Conseil administratif a en outre considéré que le Président Berman n'avait pas empêché les Demanderesses d'accéder aux

⁴³⁹ Décision du Président, Décision sur les demandes de récusation de M. V.V. Veeder QC et de Sir Franklin Berman QC, 13 avril 2017, paras. 54-57.

⁴⁴⁰ Lettre de Sir Franklin Berman au Secrétaire général du CIRDI, 1^{er} mars 2017 (C-160).

documents, comme le prétendent les Demanderesses, étant donné qu'il n'avait pas le pouvoir d'autoriser leur divulgation et que les Demanderesses les avaient demandés au Centre, et non au Président Berman. Compte tenu de ces et d'autres considérations, le Président du Conseil administratif a donné une interprétation de la lettre du Président Berman qui est différente de celle des Demanderesses. Le Comité n'a pas le pouvoir de décider entre ces différentes interprétations. Il n'est pas une cour d'appel. Il doit plutôt examiner si l'analyse et la décision du Président du Conseil administratif sont manifestement déraisonnables et intenable et violent l'intégrité et la probité de la procédure.

609. À cet égard, le Comité fait observer, en premier lieu, que l'interprétation que fait le Président du Conseil administratif de cette lettre est cohérente avec son texte tel qu'il est reproduit ci-dessus. En second lieu, le Président n'a pas appliqué un critère manifestement erroné en considérant que « *a third party undertaking a reasonable evaluation of Sir Franklin Berman QC's letter dated 1 March 2017 would not find a manifest lack of the qualities required under Article 14(1) of the ICSID Convention* »⁴⁴¹. Il s'ensuit que la décision du Président du Conseil administratif ni pas manifestement déraisonnable ni intenable.
610. Par conséquent, le Comité n'a pas le pouvoir d'ignorer la Décision du Président du Conseil administratif et de statuer *de novo* sur la question.
611. Aucune des circonstances spécifiques sur lesquelles s'appuient les Demanderesses ne justifie une conclusion différente à cet égard :
- Le fait que les décisions du Président du Conseil administratif aient été prises après la Procédure de Nouvel Examen, c'est-à-dire au cours de la procédure sur la demande en correction, ne justifie pas un examen *de novo*, mais, au contraire, a contribué à la

⁴⁴¹ Président du Conseil administratif, Décision sur les demandes de récusation de M. V.V. Veeder QC et de Sir Franklin Berman QC, 13 avril 2017, para. 77.

conclusion du Président selon laquelle la demande en récusation n'avait pas été formée en temps voulu.

- Un examen *de novo* n'est pas non plus justifié par le fait que le Président du Conseil administratif n'a pas pris en compte les arguments de fond mais s'est concentré sur des considérations purement procédurales, qui seraient dépourvues de l'autorité de la chose jugée. Les règles relatives au respect des délais font partie intégrante de l'équilibre entre la garantie de l'indépendance et de l'impartialité, d'une part, et la certitude juridique, d'autre part. La conclusion sur le respect des délais a donc autorité de la chose jugée en ce qui concerne la demande en récusation, de la même manière qu'une conclusion sur le fond.
- Il n'est pas apparu après les décisions du Président de nouveaux faits qui modifient les conclusions énoncées ci-dessus.

612. En somme, le Comité *ad hoc* décide qu'il excèderait ses pouvoirs, tels qu'ils sont définis aux paragraphes 558 ss. ci-dessus, s'il décidait que le Tribunal de Nouvel Examen n'était pas régulièrement constitué. Il rejette donc la demande des Demanderesses tendant à l'annulation de la Sentence après Nouvel Examen sur le fondement de l'article 52(1)(a) de la Convention CIRDI.

613. Il s'ensuit que la Sentence après Nouvel Examen a été rendue par un Tribunal régulièrement constitué. Le Comité rejette donc la demande des Demanderesses tendant à l'annulation de la Sentence après Nouvel Examen, fondée sur l'affirmation selon laquelle une sentence rendue par un tribunal irrégulièrement constitué représente également une inobservation grave d'une règle fondamentale de procédure, conformément à l'article 52(1)(d) de la Convention CIRDI. Le Comité ne doute pas du bien-fondé de cette déclaration. Cependant, les conditions requises pour ce motif ne sont pas satisfaites en l'espèce.

C. LE TRAITEMENT PAR LE TRIBUNAL DE NOUVEL EXAMEN DES ÉLÉMENTS DE PREUVE ET DU FARDEAU DE LA PREUVE

614. Les affirmations des Demanderesses relatives à l'excès de pouvoir manifeste du Tribunal de Nouvel Examen, à son inobservation grave d'une règle fondamentale de procédure et au défaut de motivation de sa Sentence après Nouvel Examen sont étroitement liées les unes aux autres. Les Demanderesses soutiennent que le Tribunal de Nouvel Examen a commis un excès de pouvoir manifeste en rejetant des éléments de preuve portant sur des faits qui s'étaient produits avant l'entrée en vigueur du TBI le 29 mars 1994 ainsi qu'après l'introduction de l'arbitrage le 3 novembre 1997. Selon elles, en agissant ainsi, le Tribunal de Nouvel Examen a refusé d'examiner et de prendre en considération leurs arguments et a fait preuve de partialité et de parti pris en faveur du Chili et il a déconstruit la Sentence Initiale au moyen d'un raisonnement contradictoire, futile et incompréhensible.

(1) Contexte général

615. L'analyse de ces affirmations requiert une bonne compréhension de la conduite et du raisonnement du Tribunal de Nouvel Examen compte tenu des décisions du Tribunal Initial et du Premier Comité et de l'argumentation et de la conduite des Parties qui sont encore pertinentes dans la présente phase de la procédure. L'exercice est aussi complexe qu'il est inévitable.

616. Le Tribunal Initial, le Tribunal de Nouvel Examen, le Premier Comité, les Demanderesses et la Défenderesse s'accordent sur le fait que les expropriations menées en 1973 et 1975 par le régime militaire étaient illégales et anticonstitutionnelles et justifiaient une indemnisation au regard du droit chilien.

617. Le Tribunal Initial a conclu et le Premier Comité ainsi que le Tribunal de Nouvel Examen ont confirmé et accepté de manière définitive le fait que M. Pey était un investisseur lorsque la confiscation a été consommée en 1975 et que les Demanderesses étaient des investisseurs lorsqu'elle ont engagé l'arbitrage CIRDI en 1997. En parvenant à cette conclusion, les deux tribunaux et le Premier Comité ont rejeté l'argument de la Défenderesse selon lequel les

prétendus investissements de M. Pey avaient cessé d'exister avec la confiscation⁴⁴², contrairement à l'allégation des Demanderesses selon laquelle le Tribunal de Nouvel Examen avait suivi les arguments de la Défenderesse. L'allégation selon laquelle le Tribunal de Nouvel Examen s'est montré partial ne trouve donc aucun fondement dans la Sentence après Nouvel Examen⁴⁴³.

618. C'est là le contexte factuel qui a conduit le Tribunal Initial à se déclarer compétent *ratione temporis*, conformément à l'article 2(2) du TBI, qui étend son champ d'application « aux investissements réalisés antérieurement à son entrée en vigueur »⁴⁴⁴.
619. Après avoir distingué « la compétence *ratione temporis* du Tribunal de l'applicabilité *ratione temporis* des obligations de fond continues dans l'API »⁴⁴⁵, le Tribunal Initial a rejeté les griefs fondés sur l'expropriation au motif que celle-ci résultait du Décret n° 165 du 10 février 1975. Comme cela a été indiqué au Chapitre VII.A. de la présente Décision, le Tribunal Initial a estimé que les considérations fondées sur l'illégalité et l'anticonstitutionnalité du Décret n° 165 n'étaient pas pertinentes pour la détermination de la réalisation de l'expropriation. Le Tribunal Initial a conclu que « les dispositions de fond de l'API n'étaient pas applicables à l'expropriation des biens des sociétés CPP S.A. et EPC Ltda »⁴⁴⁶.
620. Le Tribunal Initial a présenté comme une conséquence logique de cette conclusion que les allégations, discussions et preuves relatives à l'expropriation n'étaient pas pertinentes et ne pouvaient être retenues pour établir un préjudice résultant d'une cause différente. Cette déclaration est faite dans des termes non équivoques au Chapitre VIII, paragraphe 688 de la Sentence Initiale :

L'expropriation survenue avant l'entrée en vigueur du traité
ayant été écartée de l'examen du Tribunal arbitral, il en

⁴⁴² Mémoire du Chili sur l'Annulation de la Sentence en date du 10 juin 2010, para. 418 (C-269).

⁴⁴³ Cf. Sentence après Nouvel Examen, paras. 177-179, 181-183, 244.

⁴⁴⁴ Sentence Initiale, paras. 419-465.

⁴⁴⁵ Sentence Initiale, paras. 466, 577.

⁴⁴⁶ Sentence Initiale, para. 620.

résulte que, pour cette raison déjà, les allégations, discussions et preuves relatives au dommage subi par les demanderesse du fait de l'expropriation, manquent de pertinence et ne peuvent pas être retenues s'agissant d'établir un préjudice, résultant lui d'une autre cause, de fait et de droit, celle du déni de justice et du refus d'un 'traitement juste et équitable'. [notes de bas de page omises ; soulignement et caractères italiques omis]

621. Le Premier Comité a validé le rejet des griefs fondés sur l'expropriation mais a annulé le paragraphe 4 du dispositif de la Sentence Initiale ordonnant au Chili d'indemniser les Demanderesses au titre des dommages subis par elles « et les paragraphes correspondants dans le corps de la Sentence relatifs aux dommages-intérêts »⁴⁴⁷.
622. Le Premier Comité a « conclu à l'existence d'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 »⁴⁴⁸ ; il a également relevé que « la question qui se pose en l'espèce n'est pas en soi celle du quantum des dommages-intérêts déterminés par le Tribunal. Le problème ne réside pas non plus en soi dans la méthode retenue par le Tribunal pour évaluer les dommages subis par les Demanderesses. La question réside précisément dans le raisonnement suivi par le Tribunal pour déterminer les modalités de calcul appropriées qui, comme cela a été démontré ci-dessus, est manifestement contradictoire »⁴⁴⁹.
623. Il y a eu des discussions au cours de la présente Procédure en annulation sur ce que le Comité a pu vouloir dire lorsqu'il a annulé « les paragraphes correspondants dans le corps de la Sentence relatifs aux dommages-intérêts (Section VIII) » et les deux Parties se sont référées aux paragraphes de la Section VIII au soutien de leurs arguments⁴⁵⁰. Le Tribunal de Nouvel Examen a également examiné les paragraphes du Chapitre VIII et a souligné, en particulier, que comme ils « se rapportent à des questions de preuve factuelle, ils ne sont

⁴⁴⁷ Décision Initiale sur l'Annulation, para. 359.1.

⁴⁴⁸ Décision Initiale sur l'Annulation, para. 271.

⁴⁴⁹ Décision Initiale sur l'Annulation para. 286.

⁴⁵⁰ Tr. Jour 1 (12 mars 2019), p. 25; Requête en Annulation, paras. 194, 211 ; Mémoire sur l'Annulation, paras. 503-504 ; Réplique sur l'Annulation, para. 73 ; Duplique sur l'Annulation, para. 86.

pas entachés par les critiques du Comité *ad hoc* relatives à l'évaluation des dommages matériels »⁴⁵¹, car ils « éclairent [...] le raisonnement du Tribunal Initial dans les parties non annulées de sa Sentence »⁴⁵².

624. Cette question présente un intérêt direct pour le paragraphe 688 de la Sentence Initiale. Il convient de noter que le Premier Comité s'est référé à plusieurs reprises au paragraphe 688 et l'a cité deux fois, chaque fois de manière affirmative et en tirant des conclusions qui dépendent de la finalité du paragraphe 688. Tel est le cas au paragraphe 261 de la Décision sur l'Annulation, où le Premier Comité trouve une affirmation du Tribunal Initial qui vient le conforter dans ses arguments, ainsi qu'au paragraphe 283 de la Décision sur l'Annulation, où le Premier Comité cite le paragraphe 688 pour conclure que « le Tribunal a expressément déclaré qu'une évaluation des dommages prétendument subis par les Demanderesses du fait de l'expropriation manquait de pertinence et que les allégations, discussions et preuves relatives auxdits dommages ne « [pouvaient] pas être retenues » par le Tribunal ».
625. Dans les deux cas, le Premier Comité s'est approprié le contenu du paragraphe 688. Cela devient évident lorsque l'on compare les formulations utilisées. Bien que le Tribunal Initial indique au paragraphe 688 que les « preuves relatives au dommage subi par les demanderesses du fait de l'expropriation, manquent de pertinence et ne peuvent pas être retenues s'agissant d'établir un préjudice, résultant lui d'une autre cause, de fait et de droit, celle du déni de justice et du refus d'un 'traitement juste et équitable' », le Premier Comité indique, en introduisant le débat sur le paragraphe 688, qu'un calcul des dommages fondé sur le dommage causé par l'expropriation n'était pas pertinent pour le calcul des dommages résultat de violations du TJE, « étant donné que la demande des Demanderesses fondée sur l'expropriation était en dehors du champ temporel de l'API. »⁴⁵³ Il serait clairement contradictoire de supposer que le Premier Comité voulait à la fois confirmer la substance du paragraphe 688 de la Sentence Initiale et l'annuler. Le présent Comité

⁴⁵¹ Sentence après Nouvel Examen, para. 243.

⁴⁵² Sentence après Nouvel Examen, para. 223.

⁴⁵³ Décision Initiale sur l'Annulation, para. 282.

interprète donc la décision du Premier Comité d'annuler « les paragraphes correspondants dans le corps de la Sentence relatifs aux dommages-intérêts (Section VIII) »⁴⁵⁴ comme signifiant que seuls sont concernés les paragraphes qui statuent sur la compensation des dommages résultant des violations de la norme du traitement juste et équitable en se référant à la norme fondée sur l'expropriation. Il considère que la formulation faite par le Premier Comité au paragraphe 359(4), dans laquelle il mentionne la « Section VIII », n'est autre qu'une référence au paragraphe 359(1) et n'exprime pas son intention de la contredire.

626. Il en résulte que, comme l'ont explicitement confirmé les paragraphes 282 et 283 de la Décision Initiale sur l'Annulation, l'autorité de la chose jugée est attachée à la décision selon laquelle les éléments de preuve produits par les Demanderesses pour établir leur préjudice résultant de l'expropriation ne pouvaient pas être pris en considération, ni par le Tribunal Initial, ni par le Tribunal de Nouvel Examen, pour calculer les dommages-intérêts résultant de la violation de la norme du traitement juste et équitable.
627. C'est ce qui a été expressément reconnu dans la Sentence après Nouvel Examen. À un certain point, la Sentence après Nouvel Examen semble suggérer que les parties non annulées de la Sentence Initiale n'ont fait qu'établir la violation et ont laissé la détermination du préjudice entièrement intacte : tel est le cas lorsque le Tribunal de Nouvel Examen indique que « [é]tant donné que la première étape, c'est-à-dire la constatation de la violation, a déjà donné lieu à une décision ayant force obligatoire dans la Sentence Initiale, le Tribunal peut passer à la seconde, la détermination du préjudice causé par la violation »⁴⁵⁵. Toutefois, à une étape ultérieure de son raisonnement, le Tribunal de Nouvel Examen ne laisse aucun doute sur le fait que l'autorité de la chose jugée de la Sentence Initiale s'étend à la conclusion du Tribunal Initial selon laquelle le préjudice découlant de la violation du standard du traitement juste et équitable ne peut pas être fondé sur le

⁴⁵⁴ Décision Initiale sur l'Annulation, para. 359(1).

⁴⁵⁵ Sentence après Nouvel Examen, para. 217.

préjudice causé par l'expropriation. Au paragraphe 228 de sa sentence, le Tribunal de Nouvel Examen déclare ainsi :

Ce Tribunal tire de ce qui précède les conclusions suivantes, **qui représentent son interprétation des parties de la Sentence Initiale assorties de l'autorité de la chose jugée**, aux fins d'accomplir sa propre mission, à savoir déterminer la « compensation » due en vertu du paragraphe 3 du dispositif de la Sentence Initiale au titre de la violation constatée au paragraphe 2 de celui-ci : a) la confiscation initiale d'El Clarín et des actifs s'y rattachant qui appartenaient à M. Pey Casado a été consommée en 1975 et est donc hors du champ du TBI ; **tous les arguments fondés sur la confiscation ou en découlant ne peuvent pas être pris en compte, sauf dans la mesure où ils constituent des éléments factuels** pour les questions qui entrent valablement dans le champ du différend au regard du TBI. [caractères gras ajoutés]

Et plus loin au paragraphe 230 de la Sentence après Nouvel Examen :

De l'avis du Tribunal, il résulte de cette interprétation de la Sentence Initiale que : [...]

d) **toute évaluation du préjudice et des dommages-intérêts fondée sur l'expropriation initiale est incompatible avec la Sentence Initiale** et doit donc être rejetée. [caractères gras ajoutés]

Pour les raisons exposées aux paragraphes 623 à 625 ci-dessus, cette interprétation du Tribunal de Nouvel Examen était conforme à la Décision du Premier Comité et donc conforme à l'autorité de la chose jugée de la Sentence Initiale.

(2) Le traitement par les Demanderesses de l'autorité de la chose jugée

628. Les Demanderesses font valoir la pertinence des éléments de preuve qu'elles ont produits pour établir la juste valeur marchande de leur investissement au moment de la confiscation en 1973/1975 sous un angle qu'elles estiment différent. Elles ont soutenu devant le Tribunal de Nouvel Examen que le montant de la compensation devant être accordée au titre des demandes fondées sur le déni de justice/ le traitement juste et équitable devait

être apprécié en fonction de la valeur des actifs confisqués en 1973/1975. Si les tribunaux chiliens n'avaient pas commis un déni de justice en retardant un jugement qui aurait reconnu d'emblée la nullité absolue du Décret n° 165, le Tribunal Initial aurait conclu au caractère continu de l'expropriation et aurait examiné la demande correspondante. Pour cette raison, le montant des dommages-intérêts dus en vertu de l'article 4 du TBI est l'équivalent du montant dû en vertu de l'article 5.

629. Pour ces raisons, les Demanderesses ont demandé au Tribunal de Nouvel Examen de « condamne[r] la Défenderesse à indemniser les Demanderesses à hauteur de l'indemnisation qu'elles auraient dû recevoir, si le déni de justice, la discrimination et leur effet n'avaient pas eu lieu, en compensation des saisies de CPP S.A. et EPC Ltée »⁴⁵⁶. Dans leur Mémoire en Réplique, les Demanderesses ont fait valoir :

La conséquence du déni de justice a donc été de priver les Demanderesses de faire pleinement valoir leurs rapports de droit vis-à-vis l'État du Chili existant après l'entrée en vigueur de l'API, dans leur demande de réparation pour le préjudice résultant de la privation de facto de leur droit sur l'investissement effectué en 1972 et au dédommagement correspondant. Il s'agit bien de la réparation due au titre de la violation par la Défenderesse de l'article 4 de l'API. Comme cela sera exposé ultérieurement, cette réparation doit être calculée sur la base de la fair market value des sociétés CPP S.A. et EPC Ltée à la veille de leur saisie de facto.⁴⁵⁷

630. Dans cette perspective et conformément aux instructions des Demanderesses, l'expert financier de celles-ci a basé son calcul sur la « position de départ de notre raisonnement [...] que M. Pey avait droit à être indemnisé au titre de la saisie en 1973 de son investissement »⁴⁵⁸, qu'« un ensemble de violations » devaient être prises en compte et non pas seulement les actes isolés de déni de justice entre 1995 et 2002 et/ou la Décision n° 43

⁴⁵⁶ Mémoire du 27 juin 2014 (Nouvel Examen), para. 338 et paras. 147, 286 ss., 308 ss. ; 451 ss. (C-8).

⁴⁵⁷ Réplique du 9 janvier 2015 (Nouvel Examen), para. 235 et paras. 334, 343, 350, 353, 358 (C-40).

⁴⁵⁸ Contre-interrogatoire de l'expert Saura, Transcription de l'audience devant le Tribunal de Nouvel Examen (15 avril 2015), p. 98, ls. 13-14 (C-43).

du 28 avril 2000⁴⁵⁹. C'est pourquoi il n'a pas « fait un *but for* uniquement pour (en anglais) *the denial of justice* mais un *but for* pour l'ensemble de la violation »⁴⁶⁰. Il a indiqué qu'il supposait, sans se livrer à un calcul exact, que le préjudice basé sur les deux violations isolées de la norme du traitement juste et équitable « serait zéro »⁴⁶¹.

631. L'expert financier de la Défenderesse était d'accord avec l'expert des Demanderesses sur le fait que, pour la discrimination résultant de la Décision n° 43, le montant du préjudice serait de « zéro » et que, pour le déni de justice, aucun dommage n'avait été calculé⁴⁶².
632. Le Comité a soigneusement étudié le raisonnement du Tribunal Initial et du Premier Comité et il a constaté qu'ils avaient tous deux décidé que les violations de la norme du traitement juste et équitable doivent être séparées et distinguées de l'expropriation illégale.
633. Le Tribunal Initial a indiqué que « [l]a saisie et le transfert de la propriété à l'État des biens des sociétés CPP S.A. et EPC Ltda sont constitutifs d'un fait consommé et **distinct** des violations postérieures à l'entrée en vigueur de l'API dont font état les demanderesses »⁴⁶³.
634. Les paragraphes 686 ss. de la Sentence Initiale révèlent ce que le tribunal avait à l'esprit lorsqu'il a utilisé le terme « distinct ». Il n'a pas restreint la distinction aux exigences juridiques des articles 4 et 5 du TBI mais a insisté sur le fait que les éléments de preuve produits pour les dommages résultant de l'expropriation n'étaient pas pertinents pour les dommages résultant du traitement injuste et inéquitable qui avait eu lieu après l'entrée en vigueur du TBI. C'est ce qui est indiqué explicitement et sans aucune ambiguïté au paragraphe 688 de la Sentence Initiale, que le Premier Comité a validé et dans lequel le Tribunal Initial a constaté que « les [...] preuves relatives au dommage [...] du fait de

⁴⁵⁹ Contre-interrogatoire de l'expert Saura, Transcription de l'audience devant le Tribunal de Nouvel Examen (15 avril 2015), p. 109, l. 44 (C-43).

⁴⁶⁰ Contre-interrogatoire de l'expert Saura, Transcription de l'audience devant le Tribunal de Nouvel Examen (15 avril 2015), p. 112, l. 1 (C-43).

⁴⁶¹ Contre-interrogatoire de l'expert Saura, Transcription de l'audience devant le Tribunal de Nouvel Examen (15 avril 2015), p. 113, l. 43 (C-43).

⁴⁶² Contre-interrogatoire de l'expert Kaczmarek, Transcription de l'audience devant le Tribunal de Nouvel Examen (15 avril 2015), p. 164, ls. 24-26, p. 166, ls. 10-11 (C-43).

⁴⁶³ Sentence Initiale, para. 620 (caractères gras ajoutés).

l'expropriation [...] ne peuvent pas être retenues s'agissant d'établir un préjudice, résultant [...] du déni de justice et du refus d'un 'traitement juste et équitable' ».

635. Cela ressort en outre du paragraphe 689 de la Sentence Initiale, dans lequel le tribunal a décidé que « les demandresses n'ont pas apporté de preuve, ou de preuve convaincante [...] des importants dommages allégués et causés par les faits relevant de la compétence *ratione temporis* du Tribunal arbitral »⁴⁶⁴ – confirmant ainsi de nouveau que les éléments de preuve que les Demandresses avaient produits en ce qui concerne l'expropriation n'étaient pas pertinents pour l'évaluation des dommages découlant de la violation du traitement juste et équitable.
636. Le Premier Comité a confirmé la décision du Tribunal Initial selon laquelle « l'obligation d'accorder une réparation au titre de la violation de droits perdue même si les droits en tant que tels ont pris fin »⁴⁶⁵, que « les actes du Chili postérieurs à l'API, qu'il [le Tribunal Initial] a finalement considérés être des violations du traité [...] étaient complètement séparés et distincts de l'expropriation de 1975 »⁴⁶⁶ et que « les parties n'ont jamais débattu des dommages découlant des violations de l'article 4 de l'API »⁴⁶⁷.
637. Le Tribunal de Nouvel Examen s'est trouvé face à ces décisions. Il a interrogé les experts des deux parties au cours de l'audience sur la preuve⁴⁶⁸, il a résumé la position des Demandresses telle qu'elle était présentée dans leurs soumissions écrites⁴⁶⁹, et il a été convaincu que la « procédure de nouvel examen, qui a été très complète et détaillée, a donné aux Demandresses la possibilité la plus large » de démontrer « quel préjudice et dommage particulier pouvait leur avoir été causé par la violation de la garantie d'un traitement juste et équitable prévue par l'article 4 du TBI, constatée dans la Sentence Initiale »⁴⁷⁰. Pour les raisons déjà mentionnées, il a déclaré que « toute évaluation du

⁴⁶⁴ Sentence Initiale, para. 689.

⁴⁶⁵ Décision Initiale sur l'Annulation, para. 168.

⁴⁶⁶ Décision Initiale sur l'Annulation, para. 159.

⁴⁶⁷ Décision Initiale sur l'Annulation, para. 262.

⁴⁶⁸ Transcription de l'audience devant le Tribunal de Nouvel Examen (15 avril 2015), pp. 160 ss. (C-43).

⁴⁶⁹ Sentence après Nouvel Examen, paras. 70-73.

⁴⁷⁰ Sentence après Nouvel Examen, para. 244 ; voir aussi para. 215.

préjudice et des dommages-intérêts fondée sur l'expropriation initiale est incompatible avec la Sentence Initiale et doit donc être rejetée »⁴⁷¹. Il a en outre formulé la « question centrale » qui est celle de savoir si « les Demanderesses ont satisfait à la charge de prouver quel préjudice a été causé à l'une ou/et l'autre du fait de la violation par la Défenderesse de la norme de traitement juste et équitable du TBI, puis d'établir en termes financiers le dommage quantifiable correspondant »⁴⁷².

638. Le Tribunal de Nouvel Examen a répondu à la question par la négative après avoir présenté la position de la Défenderesse selon laquelle les Demanderesses n'ont subi « aucun dommage matériel pouvant être démontré » et a estimé « que les arguments avancés par la Défenderesse sont parfaitement fondés »⁴⁷³. Cependant, le facteur décisif pour le Tribunal de Nouvel Examen était que les Demanderesses « n'ont pas satisfait à la charge de la preuve qui leur incombait »⁴⁷⁴. La rudesse de cette déclaration pourrait sembler inconsidérée, et elle a en effet été mal acceptée par les Demanderesses. Toutefois, à la lumière des considérations ci-dessus, elle doit être comprise comme signifiant que les Demanderesses n'ont pas rapporté la preuve de leur préjudice, non basé sur la valeur des actifs confisqués et que le Tribunal de Nouvel Examen pouvait prendre en compte étant donné l'autorité de la chose jugée attachée à la Sentence Initiale. Cela est exact, puisque les Demanderesses ont soutenu devant le Tribunal de Nouvel Examen que les dommages-intérêts devaient être calculés par référence à l'expropriation.
639. Contrairement à ce qu'allèguent les Demanderesses, cette conclusion n'est pas en contradiction avec l'observation du Tribunal Initial selon laquelle il ne lui était pas interdit « de prendre en considération des faits antérieurs à la date d'entrée en vigueur du traité pour examiner le contexte dans lequel sont intervenus les actes que les demanderesses estiment devoir être qualifiés de violations postérieures à l'entrée en vigueur du traité », pour « *purposes of understanding the background, the causes, or scope of violations of the*

⁴⁷¹ Sentence après Nouvel Examen, para. 230(d).

⁴⁷² Sentence après Nouvel Examen, para. 231.

⁴⁷³ Sentence après Nouvel Examen, paras. 232, 233.

⁴⁷⁴ Sentence après Nouvel Examen, para. 233.

BIT that occurred after its entry into force ». ⁴⁷⁵ Le Tribunal de Nouvel Examen se fait l'écho de cette opinion lorsqu'il écrit qu'il prendrait en compte les preuves et les arguments fondés sur la confiscation « dans la mesure où ils constituent des éléments factuels pour les questions qui entrent valablement dans le champ du différend au regard du TBI »⁴⁷⁶. Cependant, bien que ces passages, considérés isolément, puissent justifier l'approche adoptée par les Demanderesses devant le Tribunal de Nouvel Examen, cette interprétation de termes isolés était contredite par la décision non équivoque de la Sentence Initiale, que l'évaluation des dommages-intérêts au titre de la violation du traitement juste et équitable ne pouvait pas être basée sur la valeur des actifs confisqués.

640. Par conséquent, quand le Tribunal de Nouvel Examen a rejeté les éléments de preuve que les Demanderesses avaient produits dans le cadre de l'expropriation pour prouver les dommages causés par des violations de l'article 4 du TBI, il n'a pas excédé ses pouvoirs, ni fait preuve de parti pris en suivant la décision du Tribunal Initial revêtue de l'autorité de la chose jugée, telle qu'elle a été confirmée par le Premier Comité. Le fait que la décision ait été rendue en faveur de la Défenderesse ne peut pas être interprété comme une preuve de partialité. En outre, le Tribunal de Nouvel Examen a expliqué à plusieurs reprises et de manière constante pourquoi il se sentait obligé de rejeter ces preuves ; en d'autres termes il a donné les raisons qui avaient motivé sa décision.
641. Le présent Comité comprend que, comme les Demanderesses ont considéré, de bonne foi, que les paragraphes 611 et 614 de la Sentence Initiale leur permettaient de baser leur demande de réparation devant le Tribunal de Nouvel Examen sur la valeur des actifs confisqués, elles ne pouvaient pas comprendre la déclaration du Tribunal de Nouvel Examen selon laquelle elles n'avaient pas satisfait la charge de la preuve qui leur incombait. Toutefois, comme cela a été indiqué ci-dessus, la position des Demanderesses était fondée sur une interprétation erronée de l'autorité de la chose jugée de la Sentence Initiale.

⁴⁷⁵ Sentence Initiale, paras. 611 et 614, qui cite *M.C.I. Power Group L.C. et New Turbine, Inc. c. République d'Équateur*, Affaire CIRDI ARB/03/6, Sentence, 31 juillet 2007, para. 93.

⁴⁷⁶ Sentence après Nouvel Examen, para. 228(a).

(3) Le « déni de justice » allégué

642. Le Tribunal de Nouvel Examen n'a pas commis de déni de justice en ne prenant pas en compte les éléments de preuve relatifs à l'expropriation, comme l'ont affirmé les Demanderesses en s'appuyant sur le commentaire du Professeur Benjamin Remy relatif à la Sentence Initiale⁴⁷⁷. L'argument du Professeur Remy est que les dommages liés au déni de justice consistent en une perte de la chance d'obtenir une compensation au titre de l'expropriation devant les tribunaux chiliens sur le fondement du droit chilien et que le Tribunal de Nouvel Examen a adopté une approche trop large de l'autorité de la chose jugée attachée à la Sentence Initiale, en estimant qu'elle empêchait le Tribunal de Nouvel Examen de calculer les dommages-intérêts résultant de la violation de la norme du traitement juste et équitable par référence à la valeur des actifs confisqués.
643. Le Professeur Remy soutient plus précisément que l'autorité de la chose jugée attachée à la conclusion du Tribunal Initial selon laquelle l'expropriation de 1973 n'a pas violé le TBI, a empêché le Tribunal de Nouvel Examen de conclure que l'expropriation a bien violé le TBI, mais ne l'a pas empêché de prendre en compte le fait de l'expropriation aux fins d'évaluer le dommage causé par la violation du standard du traitement juste et équitable⁴⁷⁸. Cette analyse serait incontestable si l'autorité de la chose jugée attachée à la Sentence Initiale était effectivement limitée à la conclusion selon laquelle l'expropriation n'a pas violé le TBI. Cependant, comme cela a été indiqué en détail dans la section précédente, l'autorité de la chose jugée attachée à la Sentence Initiale, telle qu'elle a été déterminée par le Premier Comité, n'était pas aussi limitée. Elle s'étendait à la conclusion selon laquelle les éléments de preuve relatifs au dommage causé par l'expropriation ne pouvaient pas être utilisés pour établir le dommage causé par le déni de justice et la violation du standard du traitement juste et équitable. En conséquence, le Tribunal de Nouvel Examen n'a pas adopté une approche trop large de l'autorité de la chose jugée attachée à la Sentence Initiale.

⁴⁷⁷ Benjamin Remy, « Chronique de la jurisprudence du CIRDI », J.D.I. (Clunet), 2017, pp. 278 ss. (CL-333).

⁴⁷⁸ Benjamin Remy, *op. cit.*, pp. 282-283 (CL-333).

644. En conséquence, le Tribunal de Nouvel Examen n'a pas commis de déni de justice en rejetant l'argument des Demanderesses tendant à établir le dommage causé par le déni de justice et la violation du standard du traitement juste et équitable sur la base du dommage causé par l'expropriation.
645. En outre, les Demanderesses ont reproché à tort au Tribunal de Nouvel Examen d'avoir orienté la question de la nullité du Décret n° 165 et les demandes en résultant vers la « sphère domestique » en indiquant que « si la prétendue nullité de la Décision n° 43 au regard du droit chilien avait effectivement une importance décisive, la conséquence en serait certainement que l'investissement est, en droit, resté la propriété de M. Pey Casado et/ou de la Fondation – et le recours à ce titre pourrait relever de la sphère domestique, mais clairement pas du présent Tribunal »⁴⁷⁹. Un tel avis équivaut, selon elles, à un déni de justice de la part du Tribunal de Nouvel Examen, puisqu'il savait que les Demanderesses avaient opté pour l'arbitrage international en application de la clause « *fork in the road* » de l'article 10 du TBI et que ce choix était « irréversible »⁴⁸⁰. Cette affirmation n'est pas exacte car le Tribunal de Nouvel Examen n'a pas rejeté la demande de dommages-intérêts fondée sur le droit international formée par les Demanderesses *parce qu'il estimait qu'il s'agissait d'une demande devant être présentée sur le fondement du droit national*. Au lieu de cela, après avoir conclu qu'il n'existait aucun recours dans la sphère internationale, le Tribunal de Nouvel Examen a ajouté, à titre d'*obiter dictum*, qu'un tel recours pourrait se trouver dans la sphère domestique : « le recours à ce titre *pourrait* relever de la sphère domestique, *mais clairement pas* du présent Tribunal dans le cadre de la présente procédure de nouvel examen » (caractères italiques ajoutés). Le Tribunal de Nouvel Examen n'a donc pas rejeté la demande des Demanderesses fondée sur le droit international au profit d'une demande fondée sur le droit national. Il a rejeté la demande présentée en application du droit international parce qu'elle n'était pas fondée. Ceci n'est pas un déni de justice. Ne constitue pas non plus un déni de justice le fait que, en raison de l'exercice de leurs droits

⁴⁷⁹ Sentence après Nouvel Examen, para. 198.

⁴⁸⁰ Réplique sur l'Annulation, para. 59.

en application de la clause « *fork in the road* », les Demanderesses soient privées d'une indemnisation tant dans la sphère domestique que dans la sphère internationale.

(4) Les arguments et les preuves postérieures à la requête d'arbitrage

646. Les Demanderesses n'ont pas seulement allégué le défaut, à tort, de prise en considération de preuves et d'arguments antérieurs à l'entrée en vigueur du TBI en 1994, elles ont également fait valoir que le Tribunal de Nouvel Examen avait rejeté des arguments et des preuves qui concernaient la période postérieure au 3 novembre 1997, soit la date de la requête d'arbitrage.
647. Les Demanderesses se réfèrent au paragraphe 216 de la Sentence après Nouvel Examen. Le Comité a soigneusement étudié ce paragraphe et estime que l'idée qui sous-tend le raisonnement du Tribunal de Nouvel Examen est qu'il n'a pas le pouvoir de considérer des questions, des arguments et des preuves qui n'ont pas été soumis au Tribunal Initial, c'est-à-dire qui ont été soulevés « depuis la transmission de la Sentence Initiale ». Il est vrai que le Tribunal de Nouvel Examen se réfère à la date critique de la requête d'arbitrage initiale et déclare que les questions qui ont surgi entre les Parties après cette date n'entrent pas dans le champ de la Procédure de Nouvel Examen. Il est toutefois également vrai que le Tribunal de Nouvel Examen a accepté sans aucune hésitation la décision du Tribunal Initial comme ayant autorité de la chose jugée en ce qui concerne les actions et les omissions de la Défenderesse qui se sont produites après la requête d'arbitrage, en particulier la Décision n° 43 du 28 avril 2000 et la procédure infructueuse devant les tribunaux chiliens qui avait duré 7 ans avant d'être abandonnée le 2 novembre 2002, afin d'élargir le champ de la procédure CIRDI.
648. Le Tribunal de Nouvel Examen a également accepté la conclusion du Tribunal Initial selon laquelle les différends entre les Parties avaient commencé en 2000 et 2002, ce qui avait permis d'établir la compétence au regard de l'article 2.3 du TBI⁴⁸¹. Toutefois, il n'a pas pris en considération le fait qu'un tribunal chilien avait rendu un jugement le 24 juillet

⁴⁸¹ Sentence Initiale, paras. 448-464.

2008 au sujet de la nullité du Décret n° 165. Ce jugement est postérieur à la Sentence Initiale du 8 mai 2008, et les Demanderesses ont, de fait, critiqué le Tribunal pour ne pas avoir tenu compte d'actes « postérieurs à la Sentence Initiale »⁴⁸².

649. En somme, le Comité estime que, au paragraphe 216 de la Sentence après Nouvel Examen, le Tribunal a essayé d'exprimer l'idée qu'il n'était pas compétent à l'égard de questions, d'arguments et de preuves qui n'avaient pas été soumis au Tribunal Initial. Cela ressort de l'affirmation à plusieurs reprises selon laquelle les questions qui ont surgi après la date de la Sentence Initiale sont en dehors du champ de la procédure.
650. Une interprétation différente du raisonnement du Tribunal de Nouvel Examen mènerait au résultat contradictoire et absurde selon lequel le Comité devrait supposer que le Tribunal de Nouvel Examen considère, d'une part, que les événements soumis au Tribunal Initial sont hors du champ de la procédure et, d'autre part, que les événements survenus entre 1997 et 2008 qui ont été soumis au Tribunal tombent dans le champ de la procédure.
651. Le raisonnement du Tribunal est intelligible lorsque le paragraphe 216 de la Sentence après Nouvel Examen est interprété à la lumière du raisonnement général comme signifiant que les questions, arguments et preuves n'ayant pas été soumis au Tribunal Initial étaient hors du champ de la procédure de nouvel examen. Cette interprétation correspond aux paragraphes 68 et 69 de la Sentence après Nouvel Examen, dans lesquels le Tribunal énumère les événements n'ayant pas été soumis au Tribunal Initial, ce que les Demanderesses ont qualifié de nouveau déni de justice.
652. Cette interprétation est d'autant plus appropriée que l'autre interprétation, littérale, et une conclusion sur sa contradiction interne n'auraient pas d'incidence sur le résultat. Même en acceptant son insuffisance, le Tribunal de Nouvel Examen n'a pas suivi sa propre déclaration, mais a accepté comme ayant autorité de la chose jugée toutes les décisions du Tribunal Initial sur la base de faits postérieurs au 3 novembre 1997 et antérieurs à la date de la Sentence du 8 mai 2008.

⁴⁸² Mémoire sur l'Annulation, paras. 570-577.

653. Pour toutes ces raisons, le Comité conclut que le traitement des preuves par le Tribunal de Nouvel Examen et la qualification de la charge de la preuve ne contiennent pas d'erreurs annulables constitutives d'un excès de pouvoir manifeste ou d'une inobservation grave d'une règle fondamentale de procédure. Il conclut en outre que le Tribunal de Nouvel Examen n'a pas omis de motiver sa Sentence.

D. LE PRÉTENDU NON-RESPECT PAR LE TRIBUNAL DE NOUVEL EXAMEN DE L'AUTORITÉ DE LA CHOSE JUGÉE ATTACHÉE À DES CONCLUSIONS NON ANNULÉES

654. Le Comité *ad hoc* doit également déterminer si le Tribunal de Nouvel Examen, lorsqu'il a examiné la Sentence Initiale et délimité les parties annulées et les conclusions définitives,

- (1) a manifestement excédé son pouvoir ;
- (2) s'est rendu coupable d'une inobservation grave d'une règle fondamentale de procédure ; et/ou
- (3) a omis de motiver sa Sentence.

(1) Excès de pouvoir manifeste

655. Le Comité rappelle qu'un tribunal de nouvel examen commet un excès de pouvoir lorsqu'il

- statue *de novo* sur une question que le tribunal initial a déjà tranchée, qui a été confirmée par un comité *ad hoc* et n'a pas été annulée et est donc définitive et a autorité de la chose jugée ;
- ne se prononce pas sur des questions qui lui ont été soumises bien qu'il ait la mission et le pouvoir de décider ; et
- n'applique pas le droit applicable au lieu de l'appliquer et de l'interpréter, même de manière erronée.

656. Ce principe n'est pas contesté et il est explicitement reconnu par le Tribunal de Nouvel Examen. Celui-ci a relevé que :

[I]l a été déterminé de manière définitive : que le différend relève de la compétence du CIRDI ; que le Chili (la Défenderesse) avait violé son obligation de faire bénéficier les Demanderesses d'un traitement juste et équitable (en ce compris celle de s'abstenir de tout déni de justice) ; que les Demanderesses ont droit à compensation ; et enfin, que toutes autres ou plus amples prétentions devaient être rejetées. En d'autres termes, l'ensemble de ces décisions ont autorité de chose jugée

[...]

Non seulement le Tribunal n'a pas besoin d'examiner ces questions, mais, s'il prétendait le faire, il excèderait manifestement sa propre compétence⁴⁸³.

657. Le Comité analysera la question de l'indemnisation ultérieurement. Ici, il rejette d'emblée les affirmations des Demanderesses selon lesquelles le Tribunal de Nouvel Examen a rouvert le débat et l'analyse sur la protection des droits et de l'investissement des Demanderesses par le biais du TBI de 1994 contre un traitement injuste et inéquitable qui s'était produit au cours des années 1995 et 2002, pour le déni de justice, et en 2000, pour le traitement arbitraire et discriminatoire. En acceptant la décision du Tribunal Initial et en ne se prononçant pas de nouveau sur la pertinence des faits postérieurs à 1997, le Tribunal de Nouvel Examen a respecté la décision ayant autorité de la chose jugée sur les violations de la norme du traitement juste et équitable et sur la pertinence des faits postérieurs à 1997. Le fait que le Tribunal de Nouvel Examen ait posé des questions au cours de l'audience sur des points liés à l'investissement et sur la pertinence de la Décision n° 43 du 28 avril 2000 est sans intérêt pour la présente conclusion puisque les questions ne sont pas reflétées dans la Sentence.

(a) *La Décision Initiale sur l'Annulation en ce qui concerne la Section VIII de la Sentence Initiale*

658. Les Demanderesses allèguent en outre que le Tribunal de Nouvel Examen a rouvert la question de la preuve en ce qui concerne le préjudice et les dommages ainsi que leur lien de causalité avec la violation de l'article 4 du TBI, allant ainsi à l'encontre de la décision

⁴⁸³ Sentence après Nouvel Examen, paras. 176, 178 (notes de bas de page omises).

du Tribunal Initial ayant autorité de la chose jugée, selon laquelle les arguments, la théorie et les preuves présentés par les Demanderesses pour le préjudice et les dommages causés par la confiscation en 1973-1975 satisfaisaient aux exigences d'identification et de preuve du préjudice et des dommages causés par le traitement injuste et inéquitable. Les Demanderesses font valoir que le Tribunal de Nouvel Examen est parvenu à une appréciation erronée, parce qu'il a systématiquement et frauduleusement confondu les questions de préjudice et de dommages, d'une part, et les questions d'indemnisation et de quantum, d'autre part.

659. Afin d'évaluer correctement ces affirmations, il est nécessaire de déterminer avec exactitude quelles parties de la Sentence Initiale ont été établies comme ayant autorité de la chose jugée par la Décision Initiale sur l'Annulation, et quelles parties ont été annulées par celle-ci.
660. Le Premier Comité a clairement annulé la décision de la Sentence Initiale sur le quantum de l'indemnisation. Cependant, comme cela a déjà été mentionné aux paragraphes 620 ss. de la présente Décision, ce qui est moins évident, c'est ce qu'il entendait réellement annuler lorsqu'il a indiqué « et les paragraphes correspondants dans le corps de la Sentence relatifs aux dommages-intérêts (Section VIII) » et qu'il ajoute ensuite que « le corps de la Sentence, à l'exception de la Section VIII, [a] autorité de chose jugée »⁴⁸⁴.
661. Cela semble simple, mais ne l'est pas. Comme nous l'avons vu, le Premier Comité s'est appuyé sur plusieurs des paragraphes de la Section VIII pour avancer certains arguments. Le présent Comité ne part pas du principe que le Premier Comité aurait approuvé le contenu des déclarations qui, selon lui, devaient être annulées. En outre, au début de la Section VIII, le Tribunal Initial a brièvement rappelé que les Demanderesses étaient des investisseurs et qu'elles n'avaient pas fait l'objet d'un traitement juste et équitable de la part de la Défenderesse, que l'article 4 du TBI était applicable, que l'illégalité des confiscations n'était pas contestée⁴⁸⁵ et qu'il restait au Tribunal « à tirer les conséquences de ce qui

⁴⁸⁴ Décision Initiale sur l'Annulation, para. 359(1) et (4).

⁴⁸⁵ Sentence Initiale, paras. 675-678.

précède, quant à l'obligation d'indemniser, son exécution concrète et le calcul de son montant »⁴⁸⁶.

662. Si la décision du Premier Comité au paragraphe 359 de sa Décision était interprétée comme signifiant que la Section VIII est annulée dans sa totalité, cela conduirait au résultat absurde que les conclusions essentielles de la Sentence Initiale seraient annulées car faisant partie de la Section VIII, alors que ces mêmes conclusions seraient confirmées car faisant également partie de la Section VII qui n'est pas annulée. Par conséquent, comme cela a déjà été indiqué au paragraphe 625 de la présente Décision, le Comité interprète le paragraphe 359 de la Décision Initiale sur l'Annulation comme signifiant que seuls sont annulés les paragraphes de la Section VIII qui traitent de l'octroi de dommages-intérêts.
663. En conséquence, ont autorité de la chose jugée les décisions selon lesquelles (a) la demande d'indemnisation du préjudice et des dommages causés par la confiscation illégale est en dehors du champ temporel du TBI et (b) la demande d'indemnisation du préjudice et des dommages causés par les violations de la norme du traitement juste et équitable tombe dans le champ du TBI. Il s'agit de décisions définitives du Tribunal Initial, qui ont fait l'objet de développements dans la Section VII et qui sont résumées dans les cinq premiers paragraphes de la Section VIII de la Sentence Initiale et validées par le Premier Comité.
664. La Section VII de la Sentence Initiale n'explique pas précisément si les dommages causés par l'expropriation consommée et, de ce fait, leur preuve et leur calcul, sont également exclus *ratione temporis*. Le Tribunal Initial relève que l'expropriation est un acte instantané et « n'est pas créatrice d'une situation continue » et que les actes d'expropriation sont « achevés et ne [peuvent] donner naissance à une situation continue »⁴⁸⁷. Il s'est en outre référé aux Articles sur la responsabilité de l'État qui disposent, dans leur article 14, que la violation d'une obligation internationale a lieu au moment où le fait se produit, déclarent, dans leur article 2, qu'une violation d'une obligation internationale constitue un fait internationalement illicite, et établissent, dans leur article 31, l'obligation de réparation

⁴⁸⁶ Sentence Initiale, para. 679.

⁴⁸⁷ Sentence Initiale, para. 610.

intégrale du préjudice causé par le fait internationalement illicite. Cela implique que les préjudices causés par des violations qui ne sont pas couvertes par un traité international ne peuvent pas donner lieu à une décision.

665. Ces raisons montrent que le Tribunal Initial a considéré que les faits et les éléments de preuve qui établissent des dommages causés par l'expropriation et leur quantum ne pouvaient pas être pris en considération au titre de violations qui s'étaient produites après l'entrée en vigueur du TBI. Elles n'indiquent en aucun cas que le Tribunal a estimé que ces faits et ces éléments de preuve étaient pertinents pour la preuve des dommages causés par les violations de la norme du traitement juste et équitable.
666. Il semble que le Tribunal de Nouvel Examen n'était pas pressé d'exposer ses conclusions sur le préjudice et le dommage dans la Section VII, car il avait réservé la discussion sur les trois questions suivantes (1) l' « obligation d'indemniser », (2) « son exécution concrète », (3) « et le calcul de son montant » pour la Section VIII, comme cela est indiqué au paragraphe 679 de la Sentence Initiale.
667. Le paragraphe 679 fait partie de la partie introductive de la Section VIII. Les Demanderesses ont constamment soutenu qu'il n'est pas annulé et elles l'ont invoqué au soutien de leur argumentation⁴⁸⁸. Le Comité est d'accord avec les Demanderesses : il ne concerne pas les dommages mais renvoie à la Section VII et la clarifie⁴⁸⁹.
668. Cette interprétation du paragraphe 679 est renforcée par la Décision Initiale sur l'Annulation. Dans la Section G de la Décision Initiale sur l'Annulation, qui est consacrée aux « Dommages-intérêts », le Premier Comité indique au paragraphe 262 que les « Parties n'ont jamais débattu des dommages découlant des violations de l'article 4 de l'API » et précise aux paragraphes 267 à 269 qu'il comprend que « débattu des dommages » fait référence au « critère d'indemnisation applicable et [à] l'évaluation des dommages-

⁴⁸⁸ Requête en Annulation, paras. 194, 206, 211 ; Mémoire sur l'Annulation, para. 504 ; Réplique sur l'Annulation para. 73.

⁴⁸⁹ Mémoire sur l'Annulation, para. 502.

intérêts » ainsi qu'à « la méthode utilisée et [aux] calculs effectués [...] sur les dommages-intérêts ».

669. En somme, ces conclusions du Tribunal Initial, telles qu'elles sont confirmées par le Premier Comité, fournissent des indications essentielles qui militent en faveur d'une interprétation compatible avec la conclusion du Tribunal de Nouvel Examen, selon laquelle le Tribunal Initial n'avait pas considéré les faits et les éléments de preuve relatifs à l'expropriation illégale non contestée comme étant pertinents pour la preuve des dommages et leur montant en application de l'article 4 du TBI, et « tous les éléments de preuve et les arguments relatifs à cette confiscation doivent être exclus comme n'étant pas pertinents pour le différend »⁴⁹⁰ relatif à l'indemnisation en application de l'article 4.
670. Cette interprétation est en outre renforcée par le paragraphe 688 de la Sentence Initiale, qui confirme l'existence de dommages causés par la confiscation mais ajoute que :

[L]es allégations, discussions et preuves relatives au dommage subi par les demanderesse du fait de l'expropriation, manquent de pertinence et ne peuvent pas être retenues s'agissant d'établir un préjudice, résultant lui d'une autre cause, de fait et de droit, celle du déni de justice et du refus d'un « *traitement juste et équitable* ». ⁴⁹¹

671. Comme cela a été expliqué au paragraphe 625 de la présente Décision, le Premier Comité a approuvé à plusieurs reprises cette affirmation du Tribunal Initial.
672. En conséquence, le Comité estime que le Tribunal Initial n'a pas décidé, avec l'autorité de la chose jugée, que la preuve des dommages causés par la confiscation était pertinente pour la preuve des dommages causés par la violation de la norme du traitement juste et équitable. En fait, il est parvenu à la conclusion contraire. Le Tribunal de Nouvel Examen n'a donc pas ignoré une conclusion ayant autorité de la chose jugée et n'a pas excédé son pouvoir lorsqu'il a décidé de ne pas prendre en considération les éléments de preuve invoqués par le Demanderesse et lorsqu'il a décidé d'examiner si les violations de la norme du

⁴⁹⁰ Sentence après Nouvel Examen, paras. 217, 228, 230.

⁴⁹¹ Sentence Initiale, para. 688 (notes de bas de page omises ; soulignement omis).

traitement juste et équitable, en tant que grief distinct, avaient causé un préjudice et des dommages.

(b) *L'interprétation du terme « compensation » par le Tribunal de Nouvel Examen*

673. S'agissant de la décision du Tribunal de Nouvel Examen de ne pas octroyer de compensation financière en définissant le concept de compensation d'une manière qui contredit la décision du Tribunal Initial ayant autorité de la chose jugée, les Demanderesses présentent deux arguments qui sont liés.
674. En premier lieu, elles affirment que les Parties avaient convenu que, en droit international, le terme « compensation » implique nécessairement une compensation pécuniaire, et que le Tribunal de Nouvel Examen avait l'obligation d'exercer ses pouvoirs en respectant cet accord.
675. Aux paragraphes 200 et 201 de sa Sentence, le Tribunal de Nouvel Examen a pris note du fait que, au cours de l'audience, les Demanderesses avaient soutenu qu'il devait « comprendre le terme 'compensation' comme faisant uniquement référence à une compensation pécuniaire » et que la « Défenderesse, pour sa part, était d'accord avec une grande partie de la réponse des Demanderesses ». Le Tribunal a pris « note de ces opinions, mais ne souscrit pas entièrement à l'interprétation »⁴⁹².
676. Le Comité est d'accord avec l'argument des Demanderesses selon lequel le pouvoir des tribunaux arbitraux est fondé sur l'accord des parties qui exercent leur autonomie et les tribunaux excèdent leurs pouvoirs s'ils ne respectent pas les accords entre les parties. Cependant un accord au sens d'une expression commune de l'intention des parties de conclure une convention ayant force obligatoire exige une rencontre des volontés en ce sens.

⁴⁹² Sentence après Nouvel Examen, paras. 200, 201.

677. Tel n'est pas le cas lorsque, comme en l'espèce, les Parties ont des vues similaires sur une question d'interprétation du droit. Dans ce cas, il n'y a pas de rencontre de leurs volontés qui lie le Tribunal dans ses pouvoirs d'interprétation.
678. Cela conduit à une deuxième affirmation. Les Demanderesses soutiennent que, indépendamment de l'accord des Parties, le terme « compensation » en droit international, tel qu'il est défini et précisé aux articles 31-39 des Articles sur la Responsabilité de l'État, se réfère nécessairement à une réparation financière au sens de l'article 36 et non à une satisfaction au sens de l'article 37, qui est réservée aux cas où une compensation ne peut assurer une réparation intégrale des dommages.
679. Le Comité est pour l'essentiel d'accord avec l'argument des Demanderesses. On ne peut pas reprocher au Tribunal de Nouvel Examen de ne pas avoir défini le terme « compensation » par référence à l'article 36 des Articles sur la Responsabilité de l'État, car le Tribunal de Nouvel Examen a explicitement utilisé le terme français « compensation » comme dans la version française originale de la Sentence Initiale⁴⁹³ et la version française de l'article 36 utilise le terme « indemnisation » et non « compensation ». Il n'en demeure pas moins que le terme « compensation » a été utilisé dans la Sentence Initiale comme un terme technique influencé par la terminologie juridique anglaise et faisant référence à une réparation financière.
680. Le Tribunal de Nouvel Examen a toutefois considéré que le fait que le fait internationalement illicite en l'espèce « [était] une situation dans laquelle la violation est constituée non par un fait unique, mais par un comportement d'ensemble » changeait la situation factuelle d'une manière telle qu'une interprétation différente du terme « compensation » était adéquate⁴⁹⁴. Dans cette perspective, il n'a « [vu] dans la Sentence Initiale aucun signe que le Tribunal Initial entendait faire un usage systématique sur le plan conceptuel de ces divers termes qui justifierait de traiter le paragraphe 3 [de la Sentence Initiale] comme une décision délibérée que des dommages-intérêts doivent nécessairement

⁴⁹³ Sentence après Nouvel Examen, para. 199.

⁴⁹⁴ Sentence après Nouvel Examen, para. 204.

être octroyés »⁴⁹⁵. Le Tribunal de Nouvel Examen s'est donc senti autorisé à donner à ce terme un sens plus large que celui qui englobe nécessairement un élément financier.

681. Le Comité n'est pas d'accord. Cela ne fait aucune différence qu'un fait illicite soit un fait unique ou un « comportement d'ensemble », comme le prévoient explicitement les articles 14 et 15 des Articles sur la Responsabilité de l'État. Un comportement d'ensemble ne peut pas effacer l'illicéité d'un ou de nombreux faits ni supprimer l'obligation de l'auteur du fait illicite d'assurer la réparation intégrale du préjudice, comme cela est prévu à l'article 31 des Articles sur la Responsabilité de l'État.
682. Le Comité a hésité sur la manière de qualifier l'approche du Tribunal de Nouvel Examen : s'agit-il d'une mauvaise application et interprétation non annulable du droit international ou bien d'une non-application annulable du droit applicable ?
683. Dans ce contexte, le Comité rappelle qu'il n'est pas une cour d'appel. Il est convaincu qu'une « *misapplication of the applicable law is not an annulable error [...] provided it is not of a magnitude as to amount to a veritable non-application of the proper law as a whole* »⁴⁹⁶. Il est également conscient de la légitimité du mécanisme d'annulation. Son objectif est de « concilier le caractère définitif de la sentence avec la nécessité d'éviter des cas flagrants d'excès de pouvoir et d'injustice »⁴⁹⁷.
684. Dans cette perspective, le Comité a examiné quelle serait l'incidence sur le résultat de la Procédure de Nouvel Examen si le Tribunal de Nouvel Examen avait correctement interprété le terme « compensation » tel qu'il est utilisé dans la Sentence Initiale. Aucune annulation ne devrait s'ensuivre si l'erreur n'a aucune incidence sur l'issue de la procédure. Cela est directement pertinent pour l'espèce. En gardant cette considération essentielle à

⁴⁹⁵ Sentence après Nouvel Examen, para. 201.

⁴⁹⁶ Christoph H. Schreuer, *The ICSID Convention - A Commentary* (2^{ème} éd.), Cambridge University Press 2009, Article 52, para. 232 (RALA-0006).

⁴⁹⁷ Secrétariat du CIRDI, *Note d'information mise à jour relative à l'annulation à l'attention du Conseil administratif du CIRDI*, 5 mai 2016, para. 7.

l'esprit, le Comité ne peut pas être appelé à prononcer une décision définitive sur la qualification de l'erreur du Tribunal dans les circonstances de l'espèce.

685. Pour que le Tribunal de Nouvel Examen ait manifestement excédé son pouvoir, la conclusion du Tribunal Initial devrait être interprétée comme signifiant, non pas que les Demanderesses ont un droit à compensation à condition que leur préjudice soit établi, mais qu'elles ont un droit sans réserve à compensation que leur préjudice soit établi ou non.
686. L'interprétation de la Sentence Initiale comme conférant aux Demanderesses un droit sans réserves à compensation indépendamment de toute preuve n'est pas raisonnable. Elle n'est pas compatible avec l'interdiction faite par l'article 42(3) de la Convention CIRDI aux tribunaux CIRDI de statuer *ex aequo et bono* sans l'accord des parties.
687. Il s'ensuit que le « droit à compensation » des Demanderesses conformément à l'autorité de la chose jugée attachée à la Sentence Initiale doit être interprété comme étant implicitement subordonné à la preuve des dommages conformément aux règles applicables du droit international. La Sentence Initiale accorde donc aux Demanderesses un droit à compensation « pour tout dommage susceptible d'évaluation financière qu'elles pourront établir ».
688. À la lumière de ces observations, le Tribunal de Nouvel Examen a affirmé qu'il interprétait la décision du Tribunal Initial selon laquelle les Demanderesses « ont droit à compensation » (paragraphe 3 du dispositif), après avoir décidé que la Défenderesse a violé son obligation de garantir un traitement juste et équitable (paragraphe 2 du dispositif) et avant d'ordonner le paiement d'un montant précis de compensation (paragraphe 4 du dispositif) :

[C]omme établissant le droit à une réparation qui résulte nécessairement de la constatation de la violation d'une obligation internationale, mais sans déterminer d'avance la forme ou la nature que cette réparation doit prendre, sauf peut-être le postulat non explicite que, dans le cas normal, elle peut prendre la forme de dommages-intérêts. Mais il n'interprète pas ce paragraphe comme dispensant une partie qui demande des dommages-intérêts de son obligation

normale de prouver le préjudice ainsi que le lien de causalité⁴⁹⁸.

689. Le Tribunal de Nouvel Examen s'est référé ainsi à deux conditions cumulatives pour l'octroi de dommages-intérêts. L'un est la « forme ou nature » de la réparation et l'autre est la charge de la preuve du dommage. S'agissant de la charge de la preuve, le Tribunal de Nouvel Examen a considéré qu'« un principe fondamental de l'arbitrage en matière d'investissements qu'un demandeur doit prouver le préjudice qu'il allègue »⁴⁹⁹.
690. Dans son raisonnement, le Tribunal de Nouvel Examen se réfère à la définition figurant à l'article 36(2) des Articles sur la Responsabilité de l'État, qui lie la compensation à un « dommage susceptible d'évaluation financière ». Le Tribunal de Nouvel Examen n'a pas indiqué que les Demanderesses n'avaient pas subi de dommage, ni que le dommage n'était pas susceptible d'évaluation financière. En revanche, ce qu'il a indiqué – et ce n'est pas en contradiction avec une conclusion ayant autorité de la chose jugée – c'est qu'un dommage matériel devait non seulement être susceptible d'évaluation, mais qu'il devait être évalué et qu'il convenait de prouver qu'il résultait de violations de la norme du traitement juste et équitable pour justifier une compensation.
691. Le Tribunal Initial a identifié deux demandes distinctes, une fondée sur l'expropriation illégale et une autre fondée sur des violations de la norme du traitement juste et équitable. Il a conclu que la demande fondée sur l'expropriation était en dehors du champ d'application temporel du TBI. Il a donc exhorté le Chili à compenser les Demanderesses en application du droit chilien, parce qu'il ne voyait pas de fondement à une compensation en application du droit international. Le Tribunal de Nouvel Examen est parvenu à une conclusion similaire au paragraphe 198 de la Sentence après Nouvel Examen.
692. Le Tribunal Initial a également conclu qu'un dommage causé par la violation de la norme du traitement juste et équitable serait tombé dans le champ d'application temporel du TBI mais que les Demanderesses avaient concentré leurs efforts sur la preuve de leur dommage

⁴⁹⁸ Sentence après Nouvel Examen, para. 201.

⁴⁹⁹ Sentence après Nouvel Examen, para. 205.

au titre des violations de la norme du traitement juste et équitable en se référant au dommage causé par l'expropriation et n'avaient donc pas satisfait la charge de la preuve qui leur incombait en ce qui concerne le préjudice causé par les violations de la norme du traitement juste et équitable. Poussé par le souhait d'octroyer une compensation pécuniaire, le Tribunal Initial a remplacé la charge de la preuve du préjudice qui incombait aux Demanderesses par quelques « éléments objectifs », qu'il avait trouvés dans une compensation parallèle pour expropriation⁵⁰⁰. Il a reproduit ce raisonnement aux paragraphes 2, 3 et 4 du dispositif de la Sentence Initiale et a condamné la Défenderesse à payer un montant aux Demanderesses bien que le préjudice n'ait pas été prouvé, et il s'est appuyé sur des calculs effectués pour évaluer le dommage au titre de l'expropriation.

693. Le Premier Comité a annulé ce raisonnement et ce résultat au motif que les Parties n'avaient pas eu la possibilité d'être entendues sur la méthodologie, la norme et le calcul, et au motif qu'ils étaient contradictoires dans le sens où ils se neutralisaient. Il a conclu que l'octroi de dommages-intérêts sur la base de la valeur des actifs confisqués était en contradiction avec la conclusion antérieure du Tribunal selon laquelle les éléments de preuve relatifs au dommage causé par l'expropriation n'étaient pas pertinents puisque l'expropriation ne tombait pas dans le champ d'application temporel du traité. De ce fait, la conclusion selon laquelle la Défenderesse a violé le standard du traitement juste et équitable après l'entrée en vigueur du TBI et après la requête d'arbitrage et devait une compensation aux Demanderesses a autorité de la chose jugée, alors que la conclusion selon laquelle les Demanderesses se sont acquittées de la charge de prouver le préjudice et les dommages subis qui leur incombait n'a pas autorité de la chose jugée, et la conclusion selon laquelle, à titre subsidiaire, elles avaient le droit de percevoir une compensation sans avoir à prouver l'existence et le quantum du préjudice et des dommages n'a pas non plus autorité de la chose jugée.

694. Le Tribunal de Nouvel Examen a essayé d'éviter les erreurs annulées du Tribunal Initial. Il s'est approprié la déclaration générale du Tribunal Initial selon laquelle les

⁵⁰⁰ Sentence Initiale, para. 692.

Demanderesses supportaient la charge de prouver que le préjudice avait été causé par les violations distinctes de la norme du traitement juste et équitable, la preuve des dommages résultant de l'expropriation n'était pas pertinente et ne pouvait pas être transplantée et « la simple vraisemblance d'un dommage dans les circonstances concrètes de l'espèce ne [suffisait] évidemment pas »⁵⁰¹.

695. Le Tribunal de Nouvel Examen s'est appuyé sur ces conclusions du Tribunal Initial parce qu'il les a considérées comme des principes du droit international. Le Tribunal de Nouvel Examen a insisté sur le fait qu'il :

[E]stime que cette analyse est parfaitement cohérente avec les conclusions du Comité *ad hoc* dans sa Décision sur l'annulation, notamment son paragraphe 261, dans lequel le Comité *ad hoc* tire de la Sentence Initiale les décisions du Tribunal Initial selon lesquelles les arguments des Demanderesses concernant les dommages-intérêts étaient strictement limités à ceux fondés sur l'expropriation ; que ceux-ci n'étaient pas pertinents pour les demandes fondées sur le déni de justice et la discrimination ; et que les Demanderesses n'avaient pas produit de preuves convaincantes du dommage en ce qui concerne ces demandes.⁵⁰²

696. Les Demanderesses allèguent que l'affirmation du Tribunal figurant au paragraphe 229 dénature le sens du paragraphe 261 de la Décision Initiale sur l'Annulation⁵⁰³. Le présent Comité a étudié et comparé les deux paragraphes. Il n'a pas constaté de dénaturer, mais plutôt une reproduction presque littérale.
697. En fin d'analyse et comme cela a été expliqué en détail dans la Section précédente, le Tribunal de Nouvel Examen a conclu que les Demanderesses avaient eu toute latitude pour prouver leur préjudice et les dommages causés par les violations du standard du traitement juste et équitable et qu'elles n'avaient pas produit d'éléments de preuve au soutien de cette

⁵⁰¹ Sentence Initiale, para. 689.

⁵⁰² Sentence après Nouvel Examen, para. 229.

⁵⁰³ Requête en Annulation, para. 201.

demande. Cette conclusion n'est pas en contradiction avec une quelconque autorité de la chose jugée attachée aux sections de la Sentence Initiale qui n'ont pas été annulées.

698. Par conséquent, sur les deux conditions cumulatives nécessaires pour établir un excès de pouvoir du fait de l'absence d'octroi d'une compensation pécuniaire, en contradiction avec les conclusions du Tribunal Initial ayant autorité de la chose jugée, une condition n'est pas satisfaite au soutien de la demande. Même si le Comité avait constaté une erreur annulable dans la définition par le Tribunal de Nouvel Examen du terme « compensation » et non pas une simple mauvaise application non annulable, cette constatation n'aurait aucune incidence sur le résultat de la procédure, étant donné que les Demanderesses n'ont pas satisfait aux critères de la seconde condition, à savoir la charge qui leur incombait de prouver le dommage susceptible d'évaluation financière.
699. Par conséquent, le Comité rejette l'affirmation des Demanderesses selon laquelle le Tribunal de Nouvel Examen a excédé son pouvoir lorsqu'il a rejeté la demande fondée sur des dommages allégués au titre d'une violation de l'obligation de la Défenderesse de garantir un traitement juste et équitable.

(2) Inobservation grave d'une règle fondamentale de procédure

700. Les Demanderesses allèguent que le Tribunal de Nouvel Examen a ignoré l'autorité de la chose jugée attachée à la Sentence Initiale et a dénaturé la Sentence Initiale et la Décision Initiale sur l'Annulation afin de servir les intérêts de la Défenderesse, qu'il s'est systématiquement rangé du côté de la Défenderesse afin d'éviter de la condamner à payer une compensation financière et que, de manière générale, il a agi de mauvaise foi. Elles soutiennent que ce parti pris systématique en faveur de la Défenderesse constitue une inobservation de la règle de procédure la plus fondamentale, à savoir l'obligation d'assurer aux parties un traitement neutre et égal.
701. Le Comité a conclu que le Tribunal de Nouvel Examen n'a pas excédé son pouvoir. Au-delà d'exprimer à plusieurs reprises leur suspicion à l'égard des intentions du Tribunal, les Demanderesses n'ont pas justifié ni prouvé leurs allégations.

702. Le Comité ne parvient donc à discerner ni partialité ni parti pris de la part du Tribunal de Nouvel Examen et de ce fait ne constate aucune inobservation d'une règle fondamentale de procédure.

(3) Défaut de motivation de la Sentence

703. Le Tribunal de Nouvel Examen commence la Section contenant son Analyse par une description détaillée de son rôle, dans laquelle il résume les principales conclusions du Tribunal Initial et du Premier Comité, situe sa mission dans ce cadre et affirme qu'il sait que toute transgression de ce cadre et des conclusions assorties de l'autorité de la chose jugée constituerait un excès de pouvoir manifeste⁵⁰⁴.

704. Il présente ensuite la demande de réparation des Demanderesses en se référant à leur expert financier, ainsi que le différend opposant les Parties en ce qui concerne la recevabilité de la demande⁵⁰⁵.

705. Après une digression sur le statut du Décret n° 165, qui a absorbé une grande partie de l'attention des Parties⁵⁰⁶, et une discussion détaillée du concept de compensation, qui a été traitée dans la partie précédente de la présente Décision⁵⁰⁷, le Tribunal a consacré quelques trente paragraphes à la question essentielle de la charge de la preuve, en premier lieu en énonçant le principe, puis en l'appliquant aux faits de l'espèce. Il s'est régulièrement assuré qu'il déroulait son raisonnement dans le cadre du principe de l'autorité de la chose jugée.

706. Le Comité n'a pas vocation à critiquer la qualité du raisonnement ni à exprimer son accord avec celui-ci. Toutefois, il n'hésite pas à confirmer qu'il a pu suivre le raisonnement et ne l'a pas trouvé futile.

⁵⁰⁴ Sentence après Nouvel Examen, paras. 171-179.

⁵⁰⁵ Sentence après Nouvel Examen, paras. 189-196.

⁵⁰⁶ Sentence après Nouvel Examen, paras. 197-198.

⁵⁰⁷ Sentence après Nouvel Examen, paras. 199-204.

707. Toutefois, le Comité a examiné s'il existe une contradiction entre les paragraphes 196 et 232-233 de la Sentence après Nouvel Examen en ce qui concerne la prise en considération des éléments de preuve et la charge de la preuve.
708. Le paragraphe 196 de la Sentence après Nouvel Examen fait suite au raisonnement du Tribunal de Nouvel Examen au paragraphe 195 selon lequel l'autorité de la chose jugée de la Sentence Initiale semble « constituer un obstacle insurmontable au souhait des Demanderesses de faire valoir maintenant un droit à des dommages-intérêts qui, par essence, est fondé sur cette dépossession initiale, en recourant, à titre d'élément essentiel de sa demande, à la valeur des biens alors confisqués ». En résumant la réponse des Demanderesses à cette affirmation au paragraphe 196, la Sentence après Nouvel Examen contient une présentation concise mais précise et claire de la position des Demanderesses en ce qui concerne son préjudice, qu'elles ont interprété comme ayant été causé par une perte de chance. Plus précisément, la Sentence après Nouvel Examen résume la position des Demanderesses de la manière suivante :

[L]e déni de justice dont l'existence a été constatée par le Tribunal Initial, en raison des retards dans la procédure devant le Tribunal de Santiago relative à la rotative Goss, a eu pour conséquence principale de mettre les Demanderesses dans l'impossibilité d'invoquer un argument décisif selon lequel le Décret n° 165 était entaché d'une nullité absolue (*ex tunc*) et, de ce fait, ne pouvait pas produire d'effets juridiques. Toujours selon les Demanderesses, si elles avaient été en mesure de faire valoir cet argument, elles auraient pu récupérer les biens qui leur avaient été confisqués au Chili, ou, tout au moins, elles auraient pu démontrer devant le Tribunal Initial que la confiscation de ces biens n'était pas un acte instantané définitivement consommé en 1975, mais qu'elle n'a en fait été consommée que plusieurs années plus tard, et le résultat en aurait été que la confiscation relevait bien de la compétence du Tribunal Initial au regard du TBI, contrairement aux conclusions de la Sentence Initiale. Il s'ensuit, toujours selon les Demanderesses, que le préjudice subi par elles du fait du déni de justice est la perte de ce droit à compensation dans

l'arbitrage initial, de sorte que c'est ce préjudice qu'elles peuvent maintenant invoquer dans la présente procédure.⁵⁰⁸

709. Les paragraphes 232 et 233 concluent que les Demanderesses n'ont pas satisfait à la charge qui leur incombait de prouver le préjudice, les dommages et le quantum des dommages et que « dans un sens, elles n'ont même pas cherché à le faire, dans la mesure où elles ont centré leurs arguments sur l'évaluation du dommage, sans démontrer au préalable la nature précise du préjudice, le lien de causalité et le dommage lui-même »⁵⁰⁹.
710. Les Demanderesses ont qualifié d' « incompatible[s] » ces deux présentations sur la preuve des dommages.
711. Le Comité doit déterminer si elles sont contradictoires dans le sens où elles se neutralisent ou « *cancel each other out* ». L'incompatibilité et l'erreur ne sont pas suffisantes pour justifier une annulation.
712. Le Comité est parvenu à la conclusion qu'il n'existe pas de contradiction. Le paragraphe 196 résume la position des Demanderesses en ce qui concerne les éléments de preuve sur le préjudice et les dommages résultant de la confiscation et leur éventuelle transposition au traitement injuste et inéquitable. Aux paragraphes 232 et 233, le Tribunal de Nouvel Examen analyse si les Demanderesses ont effectivement satisfait à la charge de la preuve leur incombant, comme cela est indiqué au paragraphe 231, qui introduit le Chapitre.
713. L'affirmation du Tribunal de Nouvel Examen au paragraphe 232, selon laquelle les Demanderesses n'ont pas prouvé leur dommage n'implique pas que le Tribunal de Nouvel Examen n'a pas pris en considération ni répondu à la position des Demanderesses telle qu'elle est résumée au paragraphe 196. Cette position des Demanderesses a donné lieu à une discussion détaillée dans la Section H de la Sentence après Nouvel Examen, qui se situe entre les paragraphes 196 et 232 et dans laquelle le Tribunal de Nouvel Examen analyse la portée de l'autorité de la chose jugée attachée à la Sentence Initiale. Comme cela a déjà été mentionné aux paragraphes 661-672 ci-dessus, le Tribunal de Nouvel Examen

⁵⁰⁸ Sentence après Nouvel Examen, para. 196.

⁵⁰⁹ Sentence après Nouvel Examen, paras. 232-233 (soulignement omis).

estime que la décision selon laquelle le dommage causé par la violation du standard du traitement juste et équitable ne peut pas être fondé sur la valeur des actifs confisqués est assortie de l'autorité de la chose jugée. Au paragraphe 230, qui est l'avant-dernier paragraphe de la Section H, le Tribunal de Nouvel Examen conclut ainsi que « [d]e l'avis du Tribunal, il résulte de cette interprétation de la Sentence Initiale que : [...] d) toute évaluation du préjudice et des dommages-intérêts fondée sur l'expropriation initiale est incompatible avec la Sentence Initiale et doit donc être rejetée ». Le Tribunal de Nouvel Examen poursuit au paragraphe 231 en déclarant que la question qui demeure « est celle de savoir si, et dans quelle mesure, les Demanderesses ont satisfait à la charge de prouver quel préjudice a été causé à l'une ou/et l'autre du fait de la violation par la Défenderesse de la norme de traitement juste et équitable du TBI, puis d'établir en termes financiers le dommage quantifiable correspondant ». Les raisons avancées par le Tribunal de Nouvel Examen, considérées dans leur ensemble, sont donc les suivantes : (i) les Demanderesses affirment que le dommage causé par la violation de la norme du traitement juste et équitable doit être calculé sur la base des actifs confisqués ; (ii) le Tribunal Initial a conclu que cela n'est pas possible et cette conclusion a autorité de la chose jugée ; et, par conséquent (iii) les Demanderesses « n'ont même pas cherché » à établir leur préjudice *dans les limites fixées par l'autorité de la chose jugée de la Sentence Initiale*. Cette nuance à l'affirmation du Tribunal de Nouvel Examen qui figure au paragraphe 232 de la Sentence après Nouvel Examen est implicite mais certaine à la lumière des raisons exposées dans la Section H qui précède.

714. Le Comité conclut donc que le Tribunal de Nouvel Examen n'a pas manqué à son obligation de motiver sa Sentence.
715. Pour ces raisons, le Comité rejette la demande des Demanderesses tendant à l'annulation de la Sentence au motif que celle-ci n'aurait pas respecté l'autorité de la chose jugée attachée aux conclusions non annulées du Tribunal Initial.

E. LA NON-APPLICATION DU DROIT APPLICABLE PAR LE TRIBUNAL DE NOUVEL EXAMEN DANS LA SENTENCE APRÈS NOUVEL EXAMEN

716. En ce qui concerne le préjudice moral, le Tribunal de Nouvel Examen n'a pas nié que les tribunaux d'arbitrage international sont compétents pour octroyer une compensation au titre du préjudice moral. Sur le principe, sa position correspond donc à l'affirmation des Demanderesses, aux sources présentées par elles et à celle du Tribunal Initial⁵¹⁰.
717. Il a exclu une demande fondée sur le préjudice moral soumise *in limine litis* par la deuxième Demanderesse, la Fondation Président Allende, parce qu'« aucune tentative n'a été faite pour faire valoir, ou pour justifier, une demande spécifique selon laquelle un préjudice moral avait été subi par la Fondation »⁵¹¹. Le Comité n'y voit aucune erreur.
718. En ce qui concerne la demande de M. Pey Casado, the Tribunal de Nouvel Examen a conclu que celui-ci avait, au regard du droit international, la charge de prouver son préjudice moral et qu'il n'avait pas satisfait à cette obligation. Cette conclusion fait écho à la conclusion du Tribunal Initial au paragraphe 704 de la Sentence Initiale. Le Tribunal de Nouvel Examen présente cette conclusion comme étant sa propre position « sur la base des conclusions écrites et orales qui lui ont été soumises par les Demanderesses », et se réfère au paragraphe 704 en étant conscient du fait que celui-ci figure dans la Section annulée de la Sentence Initiale, « mais, comme [il] se [rapporte] à des questions de preuve factuelle, [il n'est] pas [entaché] par les critiques du Comité ad hoc relatives à l'évaluation des dommages matériels »⁵¹².
719. Les Demanderesses soutiennent que le Tribunal de Nouvel Examen aurait dû appliquer la pratique des tribunaux chiliens, qui dispense les personnes victimes d'un préjudice du fardeau de la preuve. Le Comité n'est pas d'accord. Lorsqu'une réparation est due au titre d'une violation du droit *international*, il n'y a pas lieu de déterminer la réparation

⁵¹⁰ Sentence Initiale, para. 704. Bien qu'elle figure dans la Section annulée de la Sentence, l'affirmation de principe peut être visée, en particulier parce qu'il n'en découle aucune conséquence.

⁵¹¹ Sentence après Nouvel Examen, para. 243.

⁵¹² Sentence après Nouvel Examen, para. 243.

conformément au droit national de l'État hôte et à la pratique de ses tribunaux à cet égard. Les violations du TBI déclenchent la responsabilité au regard du droit international et donnent lieu à réparation en application du droit international. La pratique des tribunaux chiliens n'est pas pertinente pour les règles sur la preuve pour une demande fondée sur le droit international.

720. Contrairement à ce que soutiennent les Demanderesses⁵¹³, ce point n'est pas affecté par le fait que la réparation en question concerne une violation du standard du traitement juste et équitable et un déni de justice de la part des tribunaux nationaux chiliens et dans le système juridique interne du Chili. En premier lieu, lorsqu'il s'agit de déterminer le préjudice causé par un déni de justice et une violation du traitement juste et équitable par référence à la réparation que l'investisseur aurait pu, en l'absence de ces violations, obtenir dans le système juridique interne, les règles du droit national qui déterminent cette réparation ne font pas partie du droit applicable par le tribunal CIRDI. Elles font partie de la *mineure* du syllogisme juridique, c'est-à-dire des faits auxquels la règle pertinente de droit international doit être appliquée, de la même manière qu'une loi interne constitue un fait lorsqu'il s'agit de déterminer si elle est compatible avec les obligations internationales de l'État. En second lieu, les Demanderesses ne peuvent pas demander des dommages-intérêts pour préjudice moral par référence à ce qu'elles auraient pu obtenir dans le système juridique interne chilien, car il n'existe aucune preuve que la procédure chilienne en question ait jamais porté sur le préjudice moral. La procédure judiciaire chilienne qui a été retardée en violation de l'interdiction du déni de justice portait sur la restitution de la rotative Goss, la réparation de dommages éventuels causés à la rotative et le *lucrum cessans*⁵¹⁴. La Décision n° 43 a octroyé à des tiers une compensation au titre de la confiscation d'El Clarín sans qu'il soit question d'un préjudice moral⁵¹⁵. Par conséquent, en l'absence de déni de justice et de violation du traitement juste et équitable, les Demanderesses n'auraient toujours pas obtenu de dommages-intérêts au titre d'un

⁵¹³ Professor Howse, Tr. Jour 1 (12 mars 2019), pp. 33-34.

⁵¹⁴ Demande de M. Pey Casado auprès de la Première Chambre civile de Santiago en restitution des presses GOSS, 4 octobre 1995, en particulier pp. 3 and 4 (C-266).

⁵¹⁵ Décision n° 43 du Ministère des Biens Nationaux du Chili, 28 avril 2000, en particulier pp. 2-3 (C-180).

préjudice moral dans le système juridique chilien. Il en résulte que l'argument des Demanderesses est également fondé sur une supposition factuelle erronée.

721. En outre, les Demanderesses reprochent au Tribunal de Nouvel Examen de ne pas avoir appliqué l'article 31(2) des Articles sur la Responsabilité de l'État, qui prévoit que le dommage moral peut être réparé, même s'il n'y a pas de dommage matériel.
722. Toutefois, ce n'est qu'après avoir conclu que « la demande de dommages-intérêts pour préjudice moral doit [...] être rejetée » faute de preuve⁵¹⁶ que le Tribunal de Nouvel Examen a examiné, au conditionnel, ce qu'il serait advenu si la demande fondée sur un dommage matériel avait été étayée par des preuves et que la demande fondée sur un dommage moral avait été démontrée. Il s'interroge sur ce qu'il aurait pu faire dans de telles circonstances hypothétiques. Le Comité n'a pas le pouvoir de se prononcer sur de telles spéculations. Toutefois, elles ne pouvaient pas donner lieu à une erreur annulable, car elles étaient *obiter* et n'ont donc pas affecté la Sentence.
723. Le Comité n'estime donc pas que le Tribunal de Nouvel Examen a excédé ses pouvoirs lorsqu'il a rejeté une demande fondée sur un préjudice moral. Il rejette la demande des Demanderesses d'annuler le paragraphe 243 de la Sentence après Nouvel Examen sans rechercher plus avant si les Demanderesses l'ont abandonnée, comme le prétend la Défenderesse.
724. En ce qui concerne la demande fondée sur une allégation d'enrichissement sans cause, le Tribunal de Nouvel Examen a expliqué que le Tribunal Initial avait statué sur la demande des Demanderesses tendant à une compensation fondée sur des violations du standard du traitement juste et équitable, et que ses conclusions avaient autant d'autorité de la chose jugée que son « rejet définitif de toutes les demandes des Demanderesses dans le différend autres que celles couvertes par les paragraphes 2 et 3 du dispositif de la Sentence Initiale »⁵¹⁷. Le Tribunal de Nouvel Examen a en outre considéré que la demande des Demanderesses fondée sur l'enrichissement sans cause pouvait être interprétée de deux manières, qui

⁵¹⁶ Sentence après Nouvel Examen, para. 243.

⁵¹⁷ Sentence après Nouvel Examen, para. 176.

étaient toutes deux incompatibles avec l'autorité de la chose jugée attachée à la Sentence Initiale. Selon une première approche, la demande fondée sur l'enrichissement sans cause revenait à présenter une demande sans aucun lien avec une quelconque violation du TBI, ce qui était incompatible avec la décision de la Sentence Initiale de n'octroyer une compensation qu'au titre du déni de justice et de la violation du standard du traitement juste et équitable, décision assortie de l'autorité de la chose jugée⁵¹⁸. Selon une seconde approche, la demande fondée sur l'enrichissement sans cause était une méthode pour calculer les dommages-intérêts pour un droit à compensation établi par d'autres moyens, par référence à la valeur des actifs confisqués et du manque à gagner. Dans ce cas, le Tribunal de Nouvel Examen a considéré que cela constituait un moyen de « réintroduire sous une autre forme la demande fondée sur l'expropriation qui a été rejetée »⁵¹⁹.

725. Il s'ensuit que les Demanderesses reprochent à tort au Tribunal de Nouvel Examen de ne pas avoir appliqué le droit applicable à l'enrichissement sans cause, à savoir le droit international général qui fait partie du droit applicable conformément à l'article 10(4) du TBI. Le Tribunal de Nouvel Examen a rejeté la demande des Demanderesses en raison de l'autorité de la chose jugée attachée à la Sentence Initiale. Il n'était donc pas permis d'appliquer la doctrine de l'enrichissement sans cause conformément au droit qui lui est applicable. La demande en annulation des Demanderesses fondée sur la non-application du droit applicable échoue donc.
726. En outre, le Comité estime que le Tribunal de Nouvel Examen a de ce fait correctement interprété et respecté l'autorité de la chose jugée attachée à la Sentence Initiale. Dans la mesure où la demande fondée sur l'enrichissement sans cause était déconnectée d'une quelconque violation du TBI, elle ne pouvait pas donner lieu à une décision de la part du Tribunal de Nouvel Examen, dont les pouvoirs étaient limités par les paragraphes 2 et 3 du dispositif de la Sentence Initiale. Dans la mesure où la demande fondée sur l'enrichissement sans cause n'était *pas* déconnectée d'une violation du TBI et dans la mesure où elle a déclenché un calcul basé sur la valeur des actifs confisqués et le manque

⁵¹⁸ Sentence après Nouvel Examen, para. 239.

⁵¹⁹ Sentence après Nouvel Examen, para. 240.

à gagner, elle était rendue impossible soit par la conclusion, assortie de l'autorité de la chose jugée, selon laquelle l'expropriation était en dehors du champ temporel du TBI, soit par la conclusion, assortie de l'autorité de la chose jugée, selon laquelle les dommages causés par la violation du traitement juste et équitable ne pouvaient pas être calculés par référence aux actifs confisqués. Contrairement à ce que soutiennent les Demanderesses⁵²⁰, il ne s'agit pas d'une mauvaise interprétation de leur thèse, mais d'une analyse exacte de sa portée et de ses implications.

727. Le Comité rejette donc la demande des Demanderesses tendant à l'annulation de la Section K de la Sentence après Nouvel Examen sans rechercher plus avant si les Demanderesses l'ont abandonnée, comme le prétend la Défenderesse.

F. LE REJET DE LA DEMANDE EN RESTITUTION AU TITRE DES DOMMAGES CONSÉCUTIFS À LA DÉFENSE DE L'INVESTISSEMENT ET DU DROIT À L'ARBITRAGE

728. Le Comité rejette la demande des Demanderesses pour des raisons procédurales ainsi que sur le fond.

729. Il partage l'avis des Demanderesses selon lequel elles n'étaient pas obligées de soumettre une présentation complète de leurs demandes en annulation pour les quatre motifs invoqués avec leur requête en annulation. Le délai de 120 jours suivant la date de la sentence ne fait pas obstacle au développement de nouveaux arguments au cours de la procédure.

730. Bien que cela ne soit pas contesté, les comités *ad hoc* ne sont pas dispensés d'examiner si de nouvelles présentations constituent de nouveaux motifs d'annulation, ce qui est impossible au-delà de 120 jours après la date de la sentence, ou de nouveaux développements sur des motifs déjà soulevés, ce qui est recevable.

731. Il n'est pas suffisant de soumettre une demande en annulation reprenant les termes de l'article 52(1) de la Convention CIRDI et de développer les arguments ultérieurement. Comme le prévoit sans équivoque l'article 50(1)(c) du Règlement d'arbitrage du CIRDI,

⁵²⁰ Requête en Annulation, para. 275.

la demande en annulation doit « mentionner de manière détaillée [...] les motifs sur lesquels elle se fonde ». Il ressort clairement de ces termes qu'une simple énumération des raisons invoquées ne satisfait pas aux exigences d'une demande complète.

732. La raison qui sous-tend le délai ainsi que l'exigence de qualité est la protection de la finalité de la sentence. La finalité est une caractéristique cruciale du système d'arbitrage. Les parties bénéficient d'un délai de quatre mois pour déterminer si, à leur avis, la sentence est entachée par des vices si essentiels que son maintien met en péril l'intégrité et la probité du système. Elles peuvent être convaincues que la totalité de la sentence est entachée de tels vices ou bien seulement certaines parties. Elles peuvent définir des questions, des sujets et/ou une conduite spécifiques qui violent l'intégrité de la procédure en raison d'un excès de pouvoir, d'une inobservation d'une règle fondamentale de procédure et/ou d'un défaut de motifs. Ces motifs d'annulation doivent être prouvés pour chaque question, sujet et conduite séparément.
733. L'autre partie et le comité *ad hoc* doivent être informés rapidement des raisons précises qui motivent l'auteur de la demande à mettre en cause l'intégrité et la probité de la constitution du tribunal, la conduite du tribunal et/ou l'issue de la procédure. L'énoncé détaillé des motifs n'est donc pas une orientation purement procédurale sans pertinence substantielle. Il définit plutôt le contexte de la Procédure en annulation.
734. Cela ne veut pas dire que la demande en annulation doit être une présentation complète des arguments. S'il en était ainsi, la séquence visée à l'article 31 du Règlement d'arbitrage du CIRDI serait superflue. C'est dans ce sens que le comité *ad hoc* dans *Wena c. Égypte* a estimé :

The ICSID Convention thus does not preclude raising new arguments which are related to a ground of annulment invoked within the time limit fixed in the Convention. This is of no harm to the opposing party, which is not requested to

*answer the Request, but later only the first memorial of the Applicant.*⁵²¹

735. Le comité dans l'affaire *Wena* a considéré que l'élément lié au respect des délais était important mais il a reconnu qu'il n'y avait aucun mal à ce que les arguments relatifs à des motifs précédemment invoqués soient présentés dans le premier mémoire, donnant ainsi à la partie adverse la possibilité de comprendre la motivation et de réagir aux arguments.
736. En l'espèce, les Demanderesses ont présenté la conduite liée à un certain nombre de questions bien définies qui, à leur avis, étaient entachées de vices graves et annulables, tels que le traitement par le Tribunal de Nouvel Examen des éléments de preuve et des demandes fondées sur un enrichissement sans cause et sur un préjudice moral, l'application du droit applicable ou la Décision sur la Correction. Il est évident pour le Comité que ces questions ont été énoncées dans la Requête en Annulation et que rien n'empêchait les Demanderesses de compléter à un stade ultérieur leurs arguments initiaux en ce qui concerne les différentes questions.
737. S'agissant des frais et coûts accessoires, la situation est différente.
738. En premier lieu, contrairement à l'affaire *Wena*, comme cela a été évoqué ci-dessus, les Demanderesses n'ont pas complété la Requête en Annulation initiale par des arguments plus approfondis dans leur Mémoire sur l'Annulation. Au lieu de cela, elles n'ont présenté ce point que dans leur Réplique sur l'Annulation, bien qu'elles aient été parfaitement conscientes du problème depuis le début de la Procédure en annulation et que rien dans le Contre-Mémoire sur l'Annulation de la Défenderesse n'ait pu déclencher une nouvelle prise de conscience.
739. En second lieu, la question des coûts accessoires n'est pas un nouvel argument développé en relation avec une conduite particulière du Tribunal à l'intérieur du cadre de questions définies. Il s'agit plutôt d'une nouvelle question faisant référence à une conduite spécifique. Un énoncé détaillé au sens de l'article 50(1)(c) du Règlement d'arbitrage du

⁵²¹ *Wena Hotels Ltd. c. République arabe d'Égypte*, Affaire CIRDI ARB/98/4, Décision sur l'Annulation, 5 février 2002, para. 19 (CL-314).

CIRDI aurait exigé de présenter la conduite et la question concernées à un stade précoce, afin d'établir le cadre de la Requête en Annulation. Les Demanderesses avaient l'obligation d'examiner la Sentence avec attention et de déterminer, selon elles, quelle conduite, quelles questions et quels sujets étaient si entachés d'erreurs qu'ils justifiaient une annulation. En informant la Défenderesse, le Centre et le Comité *ad hoc* de ces questions et sujets, elles ont implicitement indiqué que l'autre conduite, les autres questions et sujets n'étaient pas entachés d'erreurs annulables et devaient être considérés comme définitifs.

740. Rien n'aurait empêché les Demanderesses de compléter leurs arguments initiaux par des arguments plus élaborés, une fois le cadre défini dans la requête initiale. Inversement, il n'était plus temps d'introduire le sujet seulement dans la Réplique sur l'Annulation.
741. Pour cette raison de procédure, le Comité rejette la requête en annulation des Demanderesses en ce qui concerne le traitement par le Tribunal des coûts accessoires au motif qu'elle n'a pas été présentée en temps voulu.
742. En outre, le Comité estime que le Tribunal de Nouvel Examen n'a pas manqué à son obligation d'indiquer les raisons du rejet de « toutes les autres demandes » (paragraphe 256(8) de la Sentence après Nouvel Examen), y compris la demande fondée sur les coûts accessoires.
743. Telle qu'elle a été présentée par les Demanderesses, la demande au titre des coûts accessoires était liée à leur demande fondée sur l'article 4 du TBI au titre des violations de la norme du traitement juste et équitable.
744. En effet, ces frais et coûts sont étroitement liés à la demande principale tendant à la compensation des dommages résultant de violations d'obligations aux termes de l'article 4 du TBI. Pour reprendre les termes de l'article 46 de la Convention CIRDI, ils se rapportent « directement à l'objet du différend ».
745. Le Tribunal de Nouvel Examen a à juste titre décidé que les décisions sur les coûts du Tribunal Initial et du Premier Comité, qui ont autorité de la chose jugée, n'entraient pas dans le champ de ses pouvoirs. En ce qui concerne la compensation financière, il avait

décidé que la Défenderesse n'en devait aucune aux Demanderesses et qu'il « ne peut donc pas, par principe, octroyer de dommages-intérêts »⁵²² au titre de la demande principale. Il avait en outre décidé qu'il « ne rendra pas d'autre décision en ce qui concerne les frais » en plus des frais de l'arbitrage⁵²³.

746. Dans l'esprit du Comité, il n'y a aucun doute que le Tribunal de Nouvel Examen a estimé que la demande au titre des coûts accessoires était conditionnée à la demande initiale et que le rejet de cette dernière impliquait le rejet de la première, et qu'aucune décision spécifique sur les coûts n'était appropriée.
747. Les Demanderesses soutiennent que, en ne traitant pas la demande sur les coûts accessoires, le Tribunal n'a pas respecté l'article 48(3) de la Convention CIRDI. Cependant, le Comité partage l'avis du Professeur Schreuer qui explique que « *[i]f an argument rests on premises that have been dismissed by the tribunal, the argument need not be addressed as long as the tribunal has stated reasons for dismissing the premises* »⁵²⁴. En appliquant cet argument à la situation de l'espèce, le Comité estime que, puisque la demande initiale a été rejetée et que les motivations sont indiquées, le rejet de la demande au titre des dommages immatériels et les motivations de celle-ci peuvent être déduits, étant implicites dans le rejet de la demande principale. Le raisonnement *in toto* est compréhensible et ne justifie pas une annulation pour défaut de motifs.
748. À la lumière de ce résultat, le Tribunal de Nouvel Examen n'avait aucune obligation sur le plan procédural d'examiner les documents établissant le montant des coûts, car il avait décidé que la demande des Demanderesses n'était pas fondée en principe. Le fait que ce résultat favorise la Défenderesse ne permet pas de présumer l'existence d'une quelconque partialité. La Défenderesse n'a pas avancé de raisons étayées qui conduiraient à un résultat différent.

⁵²² Sentence après Nouvel Examen, para. 234.

⁵²³ Sentence après Nouvel Examen, para. 251.

⁵²⁴ Christoph H. Schreuer, *The ICSID Convention – A Commentary* (2^{ème} éd.), Cambridge University Press 2009, Article 52, para. 433 (RALA-0006).

749. Les demandes en annulation de la Sentence après Nouvel Examen pour défaut de motifs et inobservation d'une règle de procédure dans le traitement des « dommages consécutifs » ou accessoires sont donc rejetées.

G. LA DÉCISION SUR LA QUALITÉ DE MME CORAL PEY GREBE DANS LA PROCÉDURE DE NOUVEL EXAMEN

750. Les Demanderesses n'ont pas introduit dans la Procédure en annulation la question de la qualité de Mme Pey Grebe, ni les motifs justifiant l'annulation de la Sentence en relation avec cette question, avec leur Requête en Annulation, mais seulement avec leur Mémoire sur l'Annulation du 27 avril 2018. Elles n'ont pas expliqué pourquoi elles ne l'avaient pas fait alors que cette question avait été largement traitée en détails dans la Section III.B. de la Sentence après Nouvel Examen.

751. Compte tenu de ces circonstances, le Comité rejette la demande des Demanderesses tendant à l'annulation du paragraphe 1 du dispositif et des paragraphes 187-188 of the Sentence après Nouvel Examen pour excès de pouvoir manifeste, comme elles le demandent au paragraphe 753 de leur Mémoire sur l'Annulation, et pour les autres motifs d'inobservation grave d'une règle fondamentale de procédure et de défaut de motifs, comme elles le demandent au paragraphe 250 de leur Réplique sur l'Annulation, ainsi qu'à l'annulation de l'ensemble de la Sentence pour inobservation grave d'une règle fondamentale de procédure (partialité), comme elles le demandent au paragraphe 251 de leur Réplique sur l'Annulation, tant pour des raisons procédurales que sur le fond.

752. En ce qui concerne les raisons procédurales, le Comité réitère les arguments développés dans la Section VIII.F. de la présente Décision.

753. Les Demanderesses avaient l'obligation de définir le cadre de la Procédure en annulation en indiquant, en détail, les circonstances, les questions, la conduite et les sujets justifiant l'annulation et les motifs sur lesquels celle-ci était fondée. Une fois la période de 120 jours après la Sentence écoulee, les Demanderesses étaient libres de compléter leur Requête en Annulation par de nouveaux arguments.

754. Les Demanderesses ont fait le choix de ne pas introduire la question de la qualité de Mme Pey Grebe en temps voulu, bien qu'elles aient eu connaissance de la conduite et de la décision du Tribunal de Nouvel Examen. Il n'est pas apparu de nouvelle information expliquant ce choix. Conformément à l'article 52(2) de la Convention CIRDI et à l'article 50(1)(c) du Règlement d'arbitrage du CIRDI, elles n'ont pas présenté leur conviction selon laquelle la Sentence après Nouvel Examen était entachée d'erreurs annulables à cet égard et elles n'ont pas valablement contesté sa finalité.
755. En outre, le Comité estime que le Tribunal de Nouvel Examen n'a pas failli à ses obligations en se rendant coupable d'un des manquements énoncés à l'article 52(1)(b), (d) et (e) de la Convention CIRDI. Le Tribunal de Nouvel Examen a exercé ses pouvoirs conformément à son interprétation de la Convention CIRDI. L'interprétation peut être contestée, mais le Comité n'a aucun pouvoir pour juger quelle interprétation est correcte ou préférable.
756. Aux paragraphes 43-48, 125-130 et 185-186, le Tribunal de Nouvel Examen a résumé les positions des Parties sur la qualité de Mme Pey Grebe et, aux paragraphes 187-188, il a développé son analyse et sa décision sur ce sujet.
757. Contrairement à l'affirmation des Demanderesses, le Tribunal de Nouvel Examen n'a pas nié que M. Pey Casado avait valablement cédé ses actions à Mme Pey Grebe. Il n'a pas non plus nié la validité de la cession des actions à la Fondation Président Allende ni sa qualité d'investisseur et de Partie à la procédure d'arbitrage.
758. Contrairement à la position de la Défenderesse, et conformément à la décision du Tribunal Initial, confirmée par le Premier Comité, le Tribunal de Nouvel Examen a estimé que l'expropriation de 1973-1975 n'avait aucun effet sur la cessibilité des actions aux fins de la procédure d'arbitrage, ni pour la cession des actions à la Fondation Président Allende en 1990, ni pour la cession des actions à Mme Pey Grebe en 2013 :

[T]outefois, il n'existe pas de différend entre les Parties sur le fait qu'une cession de droits, de bonne foi, a eu lieu entre M. Pey Casado et sa fille, qu'elle a été effectuée pour de

bonnes raisons, ou que tant la cession elle-même que les raisons l'ayant motivée ont été divulguées au Tribunal, de même qu'elles l'avaient été au Tribunal Initial à un stade antérieur⁵²⁵.

759. En outre et, encore une fois, contrairement à l'affirmation des Demanderesses, le Tribunal de Nouvel Examen n'a pas réexaminé l'exigence de nationalité de l'article 25 de la Convention CIRDI. Il a en effet exprimé sa conviction selon laquelle « un nouveau demandeur ne peut pas simplement profiter des arguments en matière de compétence avancés par [d'] autres [...] échapper aux exigences en matière de compétence de la Convention CIRDI [...] »⁵²⁶.
760. Les Demanderesses semblent interpréter cette déclaration comme une indication que le Tribunal de Nouvel Examen voulait remettre en question le respect de l'exigence de nationalité de Mme Pey Grebe. Si tel était le cas, elles n'auraient pas lu la phrase qui suit immédiatement la phrase citée. Le Tribunal de Nouvel Examen a indiqué : « Tel n'est pas le cas ici »⁵²⁷, ce qui veut dire que les exigences en matière de compétence pour Mme Pey Grebe n'ont pas besoin d'être examinées car elles n'étaient pas pertinentes pour la procédure en cours.
761. Le Tribunal de Nouvel Examen est parvenu à cette conclusion après avoir examiné l'objet de la Procédure de Nouvel Examen en interprétant les articles 52(6) et 53(1) de la Convention CIRDI et l'article 55(3) du Règlement d'arbitrage du CIRDI⁵²⁸ et en estimant que « la présente instance est le prolongement de l'arbitrage initial »⁵²⁹.
762. Le Tribunal en a déduit que :

Le lien juridictionnel entre M. Pey Casado et la Fondation, d'une part, et la République du Chili, d'autre part, a été définitivement établi par la Sentence Initiale et a autorité de chose jugée ; ces personnes ou entités sont toujours les

⁵²⁵ Sentence après Nouvel Examen, para. 187.

⁵²⁶ Sentence après Nouvel Examen, para. 187.

⁵²⁷ Sentence après Nouvel Examen, para. 187.

⁵²⁸ Sentence après Nouvel Examen, paras. 173-178.

⁵²⁹ Sentence après Nouvel Examen, para. 188.

Parties au nom desquelles la présente procédure est conduite.⁵³⁰

763. Ce raisonnement est cohérent. Il ne nie pas la qualité de Mme Pey Grebe en tant qu'investisseur après la cession et il ne se réfère pas aux exigences de nationalité. Il décide plutôt qu'elle ne peut pas se substituer à M. Pey Casado dans la Procédure de Nouvel Examen. Il centre son analyse sur la qualité des parties qui ont introduit la procédure en 1997 et l'ont conduite tout au long des phases de l'arbitrage initial et de la première annulation, et il considère décisif que celles-ci restent parties au cours de la phase de nouvel examen.
764. Le Tribunal de Nouvel Examen a appliqué l'article 52(6) de la Convention CIRDI dans son sens littéral et ordinaire, comme cela est expliqué dans le Commentaire de Schreuer :

*Submission to a new tribunal is in respect of "the dispute". This means that the parties to the resubmitted proceeding must be the same parties as in the original proceeding. [...] [P]roblems may arise if there is a change of corporate structure, assignment of rights or a dissolution of a corporate investor.*⁵³¹

765. Par conséquent, le Tribunal de Nouvel Examen a non seulement exercé ses pouvoirs lorsqu'il n'a pas admis Mme Pey Grebe en qualité de l'une des Demanderesses, mais il a également exercé ces pouvoirs en application du droit applicable, à savoir la Convention CIRDI. Le Comité n'a aucun pouvoir pour déterminer si l'application est erronée.
766. Le résultat de la détermination du Tribunal de Nouvel Examen est que Mme Pey Grebe ne peut pas être considérée comme une Demanderesse à l'instance en raison de la cession des actions. Il s'agit d'une décision spécifique, qui n'est pas correctement caractérisée par la suggestion d'ordre général des Demanderesses selon laquelle Mme Pey Grebe se trouve dans un flou juridique (« *legal limbo* ») et le Tribunal de Nouvel Examen lui a bloqué l'accès à l'arbitrage international et la protection de celui-ci. Pour la présente procédure, le

⁵³⁰ Sentence après Nouvel Examen, para. 187.

⁵³¹ Christoph H. Schreuer, *The ICSID Convention – A Commentary* (2^{ème} éd.), Cambridge University Press 2009, Article 52, paras. 670-671 (RALA-0006).

Tribunal de Nouvel Examen a indiqué que le préjudice n'était pas inévitable dans ces circonstances, car elle était en mesure d'influencer la procédure, ayant été mandatée par son père en coopération avec des conseils, et que les produits éventuels pourraient être partagés en vertu d'un « accord interne »⁵³².

767. En outre, le Tribunal de Nouvel Examen a énoncé les raisons de sa décision d'abord en récapitulant la position des Parties, puis en présentant sa propre analyse. Contrairement à ce que soutiennent les Demanderesses, ce n'est pas une affirmation « *ex cathedra* », mais une application de l'article 52 de la Convention CIRDI, qui a l'avantage de correspondre à son sens ordinaire. Ici aussi, le Comité s'abstiendra d'analyser si les raisons sont ou non adéquates. Il conclut que le Tribunal de Nouvel Examen n'a pas manqué à son obligation de motiver la décision de ne pas admettre Mme Pey Grebe en qualité de co-Demanderesse.
768. Les motifs énoncés par le Tribunal de Nouvel Examen ne sont pas contradictoires. Les Demanderesses soutiennent qu'il a évoqué la distribution interne de la compensation financière entre M. Pey Casado et Mme Pey Grebe, pour ensuite rejeter la demande de compensation financière à un stade ultérieur. Ces deux affirmations ne se neutralisent pas. La première concerne une éventualité de compensation financière et envisage sa répartition possible. La seconde porte sur la réalité du rejet d'une compensation financière. Les deux déclarations concernent donc des questions différentes et ne peuvent pas se neutraliser.
769. Les Demanderesses soutiennent en outre que le Tribunal a excédé ses pouvoirs en ne respectant pas la conclusion du Tribunal Initial, assortie de l'autorité de la chose jugée, selon laquelle la cession d'actions et de droits avait produit ses effets et avait constitué le fondement de la qualité de co-Demanderesse dans la procédure.
770. Les Demanderesses se réfèrent à la cession de droits à la Fondation Président Allende.
771. Toutefois, la référence et le raisonnement ne sont pas appropriés dans le contexte de la cession de droits à Mme Pey Grebe. Ils confondent la validité substantielle de la cession,

⁵³² Sentence après Nouvel Examen, para. 188.

qui n'est pas remise en question par le Tribunal de Nouvel Examen, avec la question procédurale du changement des parties, qui, elle, est remise en question.

772. Cette dernière question ne s'est pas posée au cours de la phase initiale. M. Pey Casado avait cédé une partie de ses actions à la Fondation en 1990. M. Pey Casado et la Fondation ont tous deux engagé la procédure d'arbitrage en 1997. Une fois la question d'une cession valable des actions confisquées résolue en faveur des Demanderesses – comme l'a décidé le Tribunal Initial, décision confirmée par le Premier Comité (et dont l'autorité de la chose jugée a été reconnue par le Tribunal de Nouvel Examen) – il n'y avait aucun doute que la Fondation pouvait être une co-Demanderesse.
773. À l'évidence, la Sentence Initiale du 8 mai 2008 n'avait pas à, et ne pouvait pas, rendre de décision ayant autorité de la chose jugée sur la qualité pour agir de Mme Pey Grebe en raison de la cession d'actions en 2013. L'autorité de la chose jugée ne s'étend pas par analogie à des événements futurs.
774. Il en est d'autant plus ainsi que les circonstances ne sont pas comparables. La qualité pour agir de la Fondation résultait du fait qu'elle était propriétaire d'actions acquises environ sept ans avant que le différend ne soit soumis à l'arbitrage, alors que Mme Pey Grebe était devenue propriétaire de ses actions environ 16 ans après l'introduction de la procédure, et l'instance était depuis lors en cours entre les mêmes Parties. L'autorité de la chose jugée n'a aucunement interdit au Tribunal de Nouvel Examen de trancher une question de manière différente d'une décision du Tribunal Initial qui concernait une question différente.
775. En outre, et encore une fois contrairement à l'affirmation des Demanderesses, le Tribunal n'a pas imposé Mme Pey Grebe en tant que nouveau conseil des Demanderesses et encore moins remplacé le Dr. Garcés par celle-ci. Les Demanderesses confondent le pouvoir de représentation dans une procédure et le mandat au regard du droit substantiel.
776. L'absence d'une telle intention de la part du Tribunal ressort clairement de la Sentence après Nouvel Examen. Sur la page de couverture, le Tribunal mentionne le Dr. Garcés

comme l'unique représentant des Demanderesses, en coopération avec d'autres, parmi lesquels ne figure pas Mme Pey Grebe. Au paragraphe 35 de la Sentence, Mme Pey Grebe est mentionnée comme représentant la Fondation.

777. Bien au contraire, l'intention du Tribunal de Nouvel Examen était de définir une place pour Mme Pey Grebe dans la procédure, dans laquelle elle avait joué un rôle actif. Comme indiqué au paragraphe 187 de la Sentence après Nouvel Examen, le Tribunal de Nouvel Examen a considéré que « la substance des accords tels qu'ils sont actuellement mis en œuvre, est que Mme Pey Grebe, la fille, agit en pratique en qualité de représentant légal de son père », et il a poursuivi en précisant que « les conseils des Demandeurs recevaient en pratique des instructions détaillées de Mme Pey Grebe pour le compte de son père, et non de M. Pey Casado en personne ». En d'autres termes, le Tribunal de Nouvel Examen n'a pas considéré que Mme Pey Grebe agissait en lieu et place du Dr. Garcés, mais en lieu et place de son père en donnant des instructions au Dr. Garcés et également « à tous égards en ce qui concerne l'octroi de cette compensation »⁵³³. Cela a aussi été confirmé par les Demanderesses. Dans leur lettre du 12 octobre 2018 adressée au Centre, elles ont écrit, à l'occasion de la poursuite de l'instance après le décès de M. Pey Casado, que Mme Pey Grebe avait donné au conseil – comme la Fondation l'avait fait auparavant – instruction de poursuivre la procédure. Il s'agit là d'une déclaration sans équivoque selon laquelle elles voulaient que Mme Pey Grebe ait un rôle défini, dans le cas où elle ne serait pas admise en qualité de partie, et que ce rôle consiste à donner des instructions au conseil, comme l'avait fait initialement son père.
778. Il s'ensuit que le Tribunal de Nouvel Examen n'a pas imposé un nouveau conseil à M. Pey Casado et n'a pas remplacé le Dr. Garcés par Mme Pey Grebe. Par conséquent, l'allégation des Demanderesses selon laquelle le Tribunal de Nouvel Examen n'a pas observé une règle fondamentale de procédure est dénuée de tout fondement factuel.
779. Enfin, au paragraphe 251 de leur Réplique sur l'Annulation, les Demanderesses ont vaguement associé les deux allégations d'un excès de pouvoirs et d'un défaut de motifs

⁵³³ Sentence après Nouvel Examen, para. 188.

pour soutenir qu'elles étaient la preuve d'une partialité manifeste. Les Demanderesses n'ont pas étayé cette prétention. Le Comité n'est donc pas en mesure de procéder à une analyse plus approfondie de cette prétention et doit rejeter la demande en annulation pour partialité manifeste.

780. En somme, les demandes des Demanderesses tendant à l'annulation de certaines parties et/ou de la totalité de la Sentence après Nouvel Examen en ce qui concerne la question de la qualité de Mme Pey Grebe dans la procédure échouent pour des raisons procédurales et substantielles.

H. LA CONCLUSION SUR LES FRAIS DANS LA DÉCISION SUR LA CORRECTION

781. Il n'est pas contesté que les tribunaux disposent de larges pouvoirs d'appréciation pour déterminer, conformément à l'article 61(2) de la Convention CIRDI et à l'article 47(1)(j) du Règlement d'arbitrage du CIRDI, les « modalités de répartition et de paiement » des dépenses et des coûts du CIRDI, du tribunal et des parties. Ces pouvoirs d'appréciation n'impliquent pas une totale liberté. Ils doivent être exercés avec une rationalité retraçable et de manière non arbitraire.
782. Bien qu'elle soit laissée à la libre appréciation du tribunal, une décision sur les coûts fait partie intégrante d'une sentence. L'obligation de motivation lui est également applicable.
783. Sur le principe, le Comité est d'accord avec les Demanderesses. Il doit examiner si ces critères sont satisfaits en l'espèce.
784. Dans sa décision sur les coûts de la Procédure de Nouvel Examen, le Tribunal a conclu que « en règle générale, la partie qui a gain de cause [...] doit être protégée contre le coût et les frais liés à la nécessité de participer au contentieux »⁵³⁴. Toutefois, et comme le Tribunal Initial, il a pris en considération d'autres circonstances, notamment le comportement général des Parties. De ce fait, il a réparti les coûts de l'arbitrage entre les Parties bien qu'il ait reconnu que la Défenderesse avait eu gain de cause. Une raison qui est apparue

⁵³⁴ Sentence après Nouvel Examen, para. 249.

importante au Tribunal de Nouvel Examen a été que « les Demanderesses [...] avaient une bonne raison d'engager la procédure de nouvel examen »⁵³⁵. Aucune résistance n'a été exprimée ni par la Défenderesse, ni par les Demanderesses, en faveur desquelles le Tribunal de Nouvel Examen a partiellement tranché.

785. Dans sa Décision sur la Correction, le Tribunal a indiqué qu'il « ne voit aucune raison valable pour laquelle les mêmes principes ne devraient pas s'appliquer également » à la procédure de correction »⁵³⁶.
786. En appliquant ce principe, le Tribunal de Nouvel Examen a retracé l'historique de la procédure de correction. La procédure avait pris près d'une année et avait été ponctuée par les demandes de suspension des Demanderesses liées à des demandes répétées de production de documents et à leur requête en désistement, ainsi que des suspensions dues aux demandes répétées des Demanderesses tendant à la récusation du Président Berman et de M. Veeder. Ces deux demandes ont été rejetées par le Président du Conseil administratif.
787. Le Tribunal a estimé que ces différentes demandes n'avaient aucun lien avec la procédure de correction et a décidé qu'elles « ne seront pas plus amplement examinées dans la présente Décision, sauf dans le cadre de la répartition des frais »⁵³⁷.
788. Le Tribunal de Nouvel Examen a corrigé quatre erreurs dans la Sentence après Nouvel Examen, en partie en réponse à des propositions des Demanderesses et en partie en réponse à une proposition de la Défenderesse. Il a estimé que trois d'entre elles étaient « d'une importance purement formelle » et que, en tout état de cause, aucune d'elles n'avait « d'incidence perceptible sur le sens ou l'effet de la Sentence après Nouvel Examen en tant que tel »⁵³⁸. Le Comité a examiné les corrections et n'a aucune raison d'objecter à l'appréciation du Tribunal de Nouvel Examen.

⁵³⁵ Sentence après Nouvel Examen, para. 250.

⁵³⁶ Décision sur la Correction, para. 56.

⁵³⁷ Décision sur la Correction, note de bas de page 2.

⁵³⁸ Décision sur la Correction, para. 57.

789. Le Tribunal de Nouvel Examen a tenu « [c]ompte [...] de ces facteurs »⁵³⁹ et a rappelé le principe selon lequel il faut de bonnes raisons pour soulever des questions devant un tribunal et il convient d'éviter tous frais non nécessaires. Il a conclu que, tout bien considéré, les facteurs justifiaient une décision sur les coûts dispensant la Défenderesse de tous frais et coûts et les mettant à la charge des Demanderesses.
790. Ce sont les considérations et les raisons avancées pour expliquer le caractère non arbitraire de la décision sur les coûts.
791. Il appartenait aux Demanderesses d'expliquer pourquoi ce raisonnement et cette décision constituaient un excès de pouvoir manifeste et/ou une inobservation grave d'une règle fondamentale de procédure et en quoi les paragraphes 56-58 de la Décision sur la Correction, lus conjointement avec les paragraphes 249-251 de la Sentence après Nouvel Examen, peuvent être assimilés à un défaut de motifs. Elles ne l'ont pas fait. Ni le paragraphe 280 de leur Requête en Annulation, ni le paragraphe 757 de leur Mémoire sur l'Annulation ne contiennent de spécification à cette fin.
792. En tout état de cause, la décision du Tribunal de Nouvel Examen n'est pas en contradiction avec le principe énoncé au paragraphe 249 de la Sentence après Nouvel Examen. Le Tribunal de Nouvel Examen n'a pas indiqué, au paragraphe 56 de la Décision sur la Correction, qu'il appliquerait la même clé de répartition que celle appliquée dans la Sentence après Nouvel Examen. Au lieu de cela, il a indiqué qu'il appliquerait les mêmes *principes* que pour la répartition des coûts dans la procédure sur le fond. Ces principes, énoncés aux paragraphes 249 et 251 de la Sentence après Nouvel Examen, étaient que « en règle générale, la partie qui a gain de cause, qu'il s'agisse du demandeur ou du défendeur, doit être protégée contre le coût et les frais liés à la nécessité de participer au contentieux », de sorte que les coûts sont répartis en tenant compte de la mesure dans laquelle une partie a gagné ou perdu. C'est ce que le Tribunal de Nouvel Examen a fait dans sa Décision sur la Correction, en mettant les coûts à la charge des Demanderesses au motif qu'elles avaient

⁵³⁹ Décision sur la Correction, para. 58.

échoué dans leurs demandes en récusation de MM. Berman et Veeder et que les erreurs étaient dénuées de tout intérêt pratique.

793. La demande en annulation des paragraphes 58, 61 et 62(b) de la Décision sur la Correction est donc rejetée.

IX. COÛTS

794. Comme convenu lors de l'Audience sur l'Annulation, les Parties ont déposé leurs mémoires sur les coûts le 15 mai 2019 et leur réponse aux écritures de l'autre Partie le 30 mai 2019.

795. Les Demanderesses demandent au Comité de condamner la Défenderesse à payer la totalité des coûts liés à la Procédure en annulation⁵⁴⁰ (notamment les coûts liés à la Demande de Suspension et à d'autres activités énumérées dans leur Mémoire sur les Coûts⁵⁴¹, la traduction de leurs écritures⁵⁴², l'interprétation en anglais et la transcription des réunions, des sessions et de l'audience)⁵⁴³. Dans le cas où la Requête en Annulation devrait être rejetée, les Demanderesses demandent au Comité d'ordonner à chaque Partie de payer la moitié des coûts liés à la Procédure en annulation et de conserver à sa charge les frais exposés par elle pour la présentation de sa cause⁵⁴⁴. Les Demanderesses demandent que les coûts mis à la charge de la Défenderesse produisent des intérêts composés (au taux « LIBOR+4 » à six mois jusqu'au paiement effectif)⁵⁴⁵.

796. La Défenderesse demande que les Demanderesses soient condamnées à payer la totalité des coûts liés à la Procédure en annulation et à lui rembourser l'intégralité de ses honoraires et dépens d'avocats, plus des intérêts (au taux du LIBOR à 6 mois majoré de 2 % par an,

⁵⁴⁰ Requête en Annulation, para. 288.3 ; Mémoire sur l'Annulation, para. 759.2 ; Réplique sur l'Annulation, Section 13, para. 2.

⁵⁴¹ Mémoire sur les Coûts des Demanderesses, pp. 2 ss., 12.

⁵⁴² Mémoire sur les Coûts des Demanderesses, p. 12.

⁵⁴³ Mémoire sur les Coûts des Demanderesses, p. 13.

⁵⁴⁴ Mémoire sur les Coûts des Demanderesses, pp. 1, 11 ss.

⁵⁴⁵ Mémoire sur les Coûts des Demanderesses, p. 15.

de la date de la décision jusqu'à la date de paiement)⁵⁴⁶. Dans son Mémoire sur les Coûts, le Chili demande que les Demanderesses lui remboursent également le montant de la transcription Live Note en anglais lors de la Première Session, plus des intérêts (au taux du LIBOR à 6 mois majoré de 2 % par an, de la décision jusqu'à la date du paiement effectif)⁵⁴⁷.

A. LE MÉMOIRE SUR LES COÛTS DES DEMANDERESSES

797. Dans leur Mémoire sur les Coûts, les Demanderesses demandent le remboursement des coûts suivants : (i) 725.845 USD (montant versé au CIRDI dans le cadre de la Procédure en annulation) ; (ii) 23.190,98 EUR, 5.323,27 USD et 3.930 GBP (frais exposés au cours de la Procédure en annulation) ; (iii) 2.187.081,00 EUR, 1,00 USD et 1.0 GBP (honoraires d'avocats) ; et (iv) tout autre montant que le Comité estimera approprié⁵⁴⁸.

798. Les Demanderesses décrivent les coûts visés ci-dessus de la manière suivante :

Montant versé au CIRDI (droit de dépôt de la requête et avance sur frais)	
Sous-total	725.845 (25.000 + 700.845) USD
Voyage – avion et train	
Sous-total	6.331,45 EUR + 1.374,23 USD + 2.950,00 GBP
Frais d'hébergement	
Sous-total	3.625,89 USD + 980,00 GBP
Frais de traduction	
Sous-total	9.569,26 EUR
Honoraires et frais d'avocats	
Garcés y Prada, Abogados, Madrid	1.594.681 EUR (HT)
Gide, Loyrette, Nouel, Paris	592.400 EUR (HT)
Professeur Robert I. Howse, New York University, <i>ad honorem</i>	1,00 USD

⁵⁴⁶ Contre-Mémoire sur l'Annulation, para. 457 ; Duplique sur l'Annulation, para. 142(b) et (c) ; Mémoire sur les Coûts de la Défenderesse, paras. 1, 3, 12.

⁵⁴⁷ Mémoire sur les Coûts de la Défenderesse, para. 16(b) ; voir aussi Contre-Mémoire sur l'Annulation, para. 456(b).

⁵⁴⁸ Mémoire sur les Coûts des Demanderesses, p. 15.

M. Toby Cadman, Guernica 37 Chambers, Londres, <i>ad honorem</i>	1,00 GBP
Sous-total	2.187.081 EUR + 1,00 USD + 1,00 GBP
Copies, impression et autres	
Sous-total	3.765,54 EUR + 3.414,15 EUR
Frais de taxi et restaurant	
Sous-total	110,58 EUR + 323,15 USD
Total	731.169,27 USD + 3.391,00 GBP + 2.210.271,98 EUR

B. LE MÉMOIRE SUR LES COÛTS DE LA DÉFENDERESSE

799. La Défenderesse demande le remboursement des frais suivants : (i) 1.315 USD (frais de procédure liés à la transcription Live Note en anglais de la Première Session) ; et (ii) 2.061.596.92 USD (honoraires et frais d'avocats exposés par la Défenderesse et ses représentants)⁵⁴⁹.
800. La Défenderesse décrit les coûts susvisés de la manière suivante (et fournit des informations plus détaillées sur chaque montant dans les Tableaux A, B1, B2, B3 et C joints à son Mémoire sur les Coûts).

Nature des coûts	Montant (USD)	Tableau
Frais de procédure	1.315,00	A
Honoraires et frais d'Arnold & Porter	2.054.731,80	Tableaux B(1)-(3)
Autres frais (voyage pour se rendre à l'Audience)	6.865,12	Tableau C
Sous-total des coûts, honoraires et frais engagés par le Chili	2.062.911,92	

⁵⁴⁹ Mémoire sur les Coûts de la Défenderesse, para. 16(b) et (c). Le Chili a indiqué que le chiffre figurant au (ii) est basé sur une estimation des honoraires et frais d'avocats exposés en avril 2019 et s'est réservé le droit de le modifier en temps voulu (voir para. 13 et note de bas de page 47).

C. L'ANALYSE DU COMITÉ

801. Les coûts liés à la présente Procédure en annulation, y compris les honoraires et frais du Comité ainsi que les frais administratifs du CIRDI et les frais directs, se montent à 804.967,24 USD :

Honoraires et frais du Comité :

Professeur Dr. Rolf Knieper	254.236,79 USD
Professeur Dr. Nicolas Angelet	134.416,87 USD
Professeur Yuejiao Zhang	153.243,44 USD
Frais administratifs du CIRDI	126.000 USD
Frais directs ⁵⁵⁰	137.070,14 USD
Total	804.967,24 USD

802. Les coûts susvisés ont été payés par prélèvement sur les avances effectuées conformément à l'article 14(3)(e) du Règlement administratif et financier du CIRDI. Le solde sera remboursé aux Demanderesses.

803. L'article 61(2) de la Convention CIRDI dispose, dans sa partie pertinente :

[L]e Tribunal fixe, sauf accord contraire des parties, le montant des dépenses exposées par elles pour les besoins de la procédure et décide des modalités de répartition et de paiement desdites dépenses, des honoraires et frais des membres du Tribunal et des redevances dues pour l'utilisation des services du Centre.

804. Aux termes de cette disposition, applicable à la présente Procédure en annulation en vertu de l'article 52(4) de la Convention CIRDI, le Comité dispose d'un large pouvoir d'appréciation pour répartir les coûts de la procédure et les honoraires et frais exposés par les Parties.

⁵⁵⁰ Ce montant comprend les frais réels liés à l'envoi de la présente Décision (impression, copie et courrier rapide).

805. Le Comité estime qu'il convient de suivre, dans leurs grandes lignes et *mutatis mutandis*, les approches des deux Tribunaux ainsi que les considérations du Premier Comité.
806. Les Tribunaux avaient appliqué le principe largement admis selon lequel les coûts sont à la charge du perdant tout en prenant en considération les circonstances spécifiques de l'espèce et la conduite des Parties. Le Comité *ad hoc* avait rappelé que « *[i]n most of the decisions of annulment committees, the committees have decided that each party should bear its own litigation costs and that the costs of the proceeding should be borne equally by the parties* » et qu'il n'avait vu aucune raison « *to depart from the prevailing practice* »⁵⁵¹.
807. Bien sûr, les circonstances de la seconde Procédure en annulation sont spécifiques et le résultat n'est pas entièrement comparable aux phases et aux décisions antérieures.
808. Certes, la Requête en Annulation des Demanderesses est rejetée. En même temps, elle était loin d'être futile, superficielle ou entachée de considérations étrangères. Elles avaient de bonnes raisons de demander à un comité *ad hoc* d'examiner attentivement si le Tribunal avait été régulièrement constitué, si la Sentence n'était pas entachée de vices fondamentaux, si la suspicion de partialité avait un fondement dans la réalité et si la probité et l'intégrité de la procédure avaient été respectées. À cet égard, le recours en annulation est important pour garantir la légitimité et l'acceptabilité du système d'arbitrage du CIRDI.
809. Le Comité a estimé que, en l'espèce, le Tribunal, la conduite des arbitres et la Sentence n'étaient pas entachés de tels vices. Les deux Parties ont beaucoup aidé le Comité à parvenir à ses conclusions, chacune avec son style et sa manière propres.
810. Tout bien considéré, le Comité estime qu'il est équitable de compléter le principe selon lequel « les coûts sont à la charge du perdant » par un autre principe de répartition des coûts selon lequel « les coûts sont imputables à celui qui les a exposés ».

⁵⁵¹ Décision Initiale sur l'Annulation, paras. 352, 357 (notes de bas de page omises).

811. Les deux principes se renforcent mutuellement dans les circonstances de l'espèce : conformément à l'article 14(3)(e) du Règlement administratif et financier du CIRDI, les Demanderesses ont avancé les coûts de la procédure, et les Parties ont payé honoraires et frais juridiques.
812. Le Comité décide que la totalité des coûts et frais sont imputables à leur auteur ; en d'autres termes, les coûts de la procédure, y compris les honoraires et frais du Comité et les coûts du Centre sont en définitive payés par prélèvement sur les avances effectuées par les Demanderesses, et chaque Partie prend à sa charge les honoraires et frais de ses propres avocats.

X. DÉCISION

813. Pour les raisons exposées ci-dessus, le Comité *ad hoc* décide à l'unanimité que :
- (1) la Requête en Annulation de la Sentence est rejetée ;
 - (2) chaque Partie prend à sa charge les honoraires et frais de ses propres avocats ;
 - (3) les Demanderesses prennent à leur charge les coûts liés à la Procédure en annulation, y compris les honoraires et frais du Comité et les coûts du Centre ;
 - (4) la suspension de l'exécution est levée.

[Signature]

Professeur Dr. Nicolas Angelet
Membre

Date : 7 janvier 2020

[Signature]

Professeur Yuejiao Zhang
Membre

Date : 7 janvier 2020

[Signature]

Professeur Dr. Rolf Knieper
Président du Comité *ad hoc*

Date : 7 janvier 2020