

Affaire CIRDI ARB/98/2

Victor Pey Casado et Fondation Président Allende

Demanderesse

c.

République du Chili

Défenderesse

Deuxième procédure en annulation

Audience du 12 mars 2019

(Interventions des Parties Demanderessees en français et anglais)

LISTE DE PRÉSENCE

Membres du Comité

- | | |
|---|--|
| <ul style="list-style-type: none"> • M. le Pr Rolf Knieper • M. le Pr Yuejiao Zhang • M. le Pr Nicolas Angelet | <p>Président du Comité</p> <p>Membre du Comité</p> <p>Membre du Comité</p> |
|---|--|

Secrétariat du CIRDI

- | | |
|---|-----------------------------|
| <ul style="list-style-type: none"> • Mme Laura Bergamini | <p>Secrétaire du Comité</p> |
|---|-----------------------------|

Pour les Demanderesses :

- | | |
|--|--|
| <ul style="list-style-type: none"> • Dr Juan E. Garcés • Me Hernan Garcés Duran • M. le Pr Robert Lloyd Howse • Me Alexandra Munoz • M. Toby Cadman • Mme Ruti Teitel • Mme Francisca Duran Ferraz de Andrade • Fondation Président Allende • Mme Coral Pey Grebe | <p>Agent, Garcés y Prada, Abogados</p> <p>Co-agent, Garcés y Prada, Abogados</p> <p>Conseil, New York University, School of Law</p> <p>Conseil, Gide, Loyrette, Nouel</p> <p>Conseil, Guernica 37 Int. Justice Chambers</p> <p>Ernst C. Stiefel</p> <p>Membre Patronat Fondation Président Allente</p> |
|--|--|

Pour la Défenderesse :

- | | |
|--|---|
| <ul style="list-style-type: none"> • Me Paolo Di Rosa • Me Gaela Gehring Flores • Me Mallory Silberman • Me Katelyn Horne • Me Caroline Kelly • Me Michael Rodriguez • Me Kelby Ballena • Me Barbara Galizia • Me Brian Williams • Mme Sally Pei • Mme Kaila Millett • Mme CHristna Poehlitz • Mme Mairée Uran Bidegain • Mme Macarena Rodriguez | <p>Arnold & Porter</p> <p>République du Chili</p> <p>République du Chili</p> |
|--|---|

Sténotypistes

- Mme Catherine Le Madic
- Mme Fani Oubella
- Mme Michelle Kirkpatrick

Interprètes

- Mme Sarah Rossi
- Mme Christine Victorin
- Mme Chantal Bret

SOMMAIRE

OUVERTURE DE L'AUDIENCE 4
PLAIDOIRIES INTRODUCTIVES DES DEMANDERESSES 7

1
2
3

*L'audience est ouverte à 9 heures 38
sous la présidence de M. le Pr Rolf Knieper
dans les locaux de la Banque Mondiale, Washington*

4

Ouverture de l'audience

5
6
7
8

M. le Président : Thank you very much for having the technology ready, and to ICSID to welcome us in to this wonderful new office building with a perfect hearing room, where it hasn't even known that building yet. The first time you come here, like me.

9
10
11
12

And I welcome you-all to a hearing on the Request for Annulment of a Resubmission Award including a Rectification Decision in a case--ICSID Case Number ARB/98/2, Victor Pey Casado and President Allende Foundation against the Republic of Chile.

13
14
15
16
17

Before I make a first round of presentations and--I wanted to step out of the disputes for one second. And we are lawyers, and we know how to step in and out of disputes, and I want to step out and not talk so much as a member of the Committee, but with my two colleagues, as human beings, expressing our respect to the life of Mr. Pey Casado.

18
19
20
21
22

He has died. And I remember well, and I was touched by that, that Chile also expressed their condolences. It was really an extraordinary life in an extraordinary century which he carried almost completely. So, that is what I wanted to say at the beginning, as a human being. And my two colleagues, human beings, and the Secretary, human being, joined me in this expression.

23
24
25
26

Then we step back in and say, perhaps one of the most important things which I have to say today is that Channel 1 is for English and Channel 2 is for French. And if you don't speak, please switch off the microphone so your noises won't be heard by the Interpreters and will not disturb them.

27
28
29
30
31

Before, then, we--we have very few housekeeping matters, but I would like to--before we start that, have a very short round of presentation so, we know that everybody is here. We are here. Of course, I start with Laura Bergamini, our Secretary, without whom nothing would have happened. And then we have Professor Zhang, Professor Angelet, and myself.

32
33

And I would very much like Claimants to present the team, and then Respondent.

34
35

Dr Garcés.- Je salue donc les membres du Comité et je les remercie pour les mots qu'ils ont eus-concernant M. Victor Pey Casado. Merci beaucoup.

36
37
38
39
40
41

Cette introduction m'amène donc à rappeler ce que ceux qui ont visité Paris peuvent avoir vu sur la tour de justice. Avant cela je vais présenter l'équipe des parties Demanderesses. À ma gauche se trouve le Pr Howse ; à ma droite, Me Hernan Garcés ; Mme Alexandra Muñoz ; Me Cadman et Mme Francisca Durán, de la Fondation. Je salue également les membres de la délégation du Chili, le représentant du gouvernement, et les conseils.

42

Et je salue finalement la secrétaire du Comité *ad hoc*.

43

M. le Président.- Merci beaucoup.

44

Respondent ?

45
46
47
48

Me Di Rosa.- Thank you, Mr. Chairman. And good morning to you and to the members of the Tribunal and to our opposing counsel and everyone in the room.

49

My name is Paolo Di Rossi from Arnold & Porter, appearing on behalf of the Republic of Chile.

Present here today on behalf of Chile, to my right, are the representatives from

1 the Government of Chile.

2 On my far right, Ms. Mairée Uran Bidegain, who is the head of the Defense
3 Program at the Economic Directorate, the Digicon of the Foreign Ministry.

4 To my right is Macarena Rodriguez, who is a lawyer from the Defense Program.

5 And to my left are a number of Arnold & Porter representatives.

6 To my immediate left, Ms. Gaela Gehring Flores. Then Mallory Silberman,
7 Katelyn Horne, Caroline Kelly, Michael Rodriguez, Kelby Ballena, Barbara Galizia, and
8 behind me is Christina Poehlitz.

9 Thank you, Mr. Chairman.

10 **M. le Président** : We have very few housekeeping matters. The first concerns a
11 request which has been submitted by the Respondent concerning the skeleton of the
12 Claimants.

13 The Respondent asked to order the Claimants to improve the skeleton,
14 especially by adding exact references. And it always also said that the skeleton does
15 not correspond to a skeleton, and it does come up with new claims and unexpected
16 argumentation.

17 Now, the Committee has read the skeletons, both of them. And first of all
18 wanted to say that the Respondent has--having been doubtful about the orientations
19 given by the Committee, would that be a good idea and whether that would not be a
20 possibility to get into a probatio diabolica situation, I think that the outcome, which
21 means the skeleton that you have provided, clearly shows us that there was no
22 danger because you didn't fall into any kind of trap nor was there any probatio
23 diabolica, I would rather say it was a probatio angelica, if there's anything like that.

24 The Claimants have not completely followed the advice or the orientation that
25 we had given to go article number by number on the grounds of Annulment, and you
26 have chosen another--slightly other approach. And as we have discussed during the
27 telephone conversation and also announced in our letter of 19 February, and then
28 again in the Procedural Order, that is perfectly all right, because we had given leeway
29 and total liberty to the Parties to present the case as they see fit.

30 We have studied--after having received Respondent's letter, we have studied
31 and restudied the skeleton and have not found new claims and have not found any
32 surprising new argumentation that would lead us to ask the Claimants to improve or
33 to change or adjust the--their skeleton.

34 I understand, and I understood that from previous written Submission that, of
35 course, the Respondent does not really like Claimants' style. Besides the difference,
36 of course, the Respondent has all leeway and all liberty in its presentation tomorrow
37 to criticize the skeleton, not only the skeleton but also the other Submissions and
38 their oral Submissions that will be done today. But it will be in your time, and it will be
39 on your presentation. And I hope that is--that is quite obvious, that it should be like
40 that.

41 Of course, the Claimants will present their case today, and we don't know yet
42 whether they will follow the skeleton, and we are all surprised and anxious to hear
43 what's going to happen, and curious to see how things evolve. That is the first point.

44 The second point concerns a transcript of 14 April 2015. It seems to the
45 Committee, and without--we apologize for not knowing more- that there has never
46 been a final, authenticated transcript of April 14, 2015. We don't know.

47 But we know that there are two versions--no, there are, I mean, three versions.
48 And there was a first version, which was submitted by the Respondent, which was
49 then replaced by another version, which has, as a title on the first page, says,
50 "Corrected."

51 So, that is the corrected version. That is Version 1 and 2.

52 And then there is another version, which is in half French, half English, which I
53 have--we have received on a USB drive, which was--which we have received. Thank
54 you. Both USB drives have been received timely.

1 And so, it is not the Committee's authority nor possibility to authenticate
2 transcripts of a hearing which has taken place four years ago. And we will not even
3 venture into that.

4 So, I think the--at the--we have discussed the matter, and what we see, the only
5 way out for the time being is that each Party has, in good faith, presented, submitted,
6 what it has in its files, and that was what we had asked for.

7 And if these are conflicting and not completely corresponding texts, each Party
8 can, during its presentation, refer to the salient features, where you find it important
9 to have the exact wording and the correct wording. And then you can discuss it for
10 us to hear what you have to discuss.

11 We could also spend the whole day in comparing the different transcripts, but
12 I'm absolutely against that kind of approach.

13 So, in your presentation, if you want to refer to one of the transcripts, and if you
14 want to refer to one of the pages or sentences of the transcripts, please indicate your
15 version. We have it on your USB drive. And then you present what you have, and,
16 tomorrow, the Respondent may present its version, and then we can see how you
17 convince--both Parties convince the Committee what is the correct one. Okay? That
18 is Point Number 2.

19 Point Number 3: We have--The Committee has used its discretion to determine
20 a three-day Hearing, and we did not exercise this discretion lightly, but it is based on
21 quite a rich experience in Annulment Proceedings. This is my ninth Annulment
22 Proceeding, and I have to say, even without a reserve date, it will be, in any event,
23 the longest Annulment Proceeding that I've ever heard, because, normally, it was two
24 days, maximum.

25 And the other cases were also complex. We understand that this is even more
26 complex because it has been a long time. And so, we decided, after that, and after
27 having studied the written Submissions very carefully, that six hours per presentation
28 for each Party would be appropriate.

29 And for reasons of procedural equality also, we find it correct and adequate that
30 each party has a full day. So, you will not go into the next morning with a night in
31 between, and you will not have to wait another half day, the day after tomorrow.

32 So, we want to be very strict on these two days. And we can tell you, quite
33 frankly, that if one of you, either today or tomorrow, comes to us at 5:00 in the
34 afternoon and says, We need another three hours or two hours, we will say no. You
35 have the time that you have, and you have had the possibility to plan your time, and
36 you have to respect the six hours' presentation.

37 And be aware that we have studied the files, and you do not have to rehash
38 what is in the written Submissions. We don't want to hear that again because we
39 know it.

40 And if we have questions, question of understanding, we will ask these
41 questions. We will do our best to ask these questions briefly, not for immediate
42 responses, mostly, if it is not just a yes or no, but for an answer for another day;
43 Thursday.

44 And once we have had all these presentations, yours today and yours
45 tomorrow, we will decide tomorrow evening whether we will need the reserve day or
46 half of the reserve day on Friday.

47 It is possible that we have many questions that have to be asked and can't be
48 answered now. So, we would perhaps need the day of Thursday for question and
49 answers. Perhaps. We don't know yet.

50 And then have rebuttals and closing remarks on Friday morning or
51 whatever--however it evolves. But, for the time being, we are firm to say, each Party
52 has six hours of presentation and cannot ask for an extension by the end of the day
53 to go into 7:00, 8:00, 9:00 in the evening.

54 Is that understood by everybody?

55 Thank you very much. It's always good to say something, because the

1 translators don't understand the nodding.

2 Claimants? Is that understood?

3 **Dr Garcés.**- Oui, Monsieur le président

4 **M. le Président** - Very well.

5 **Me Di Rosa** - Yes, we understand, Mr. Chairman.

6 **M. le Président** : Thank you very much.

7 So, we can start--if there is not another housekeeping matter--Laura? The
8 Parties?

9 **Dr Garcés.**- Oui Monsieur le président, nous souhaiterions distribuer quelques
10 pièces, en début de séance, concernant nos interventions pendant la journée.

11 **M. le Président.**- They have to do with your presentation?

12 **Dr Garcés.**- De la présentation.

13 **M. le Président.**- D'accord.

14 **Dr Garcés.**- Mais, entretemps... Donc je vais faire une introduction...

15 **M. le Président** : I'm sorry but this is not only for the Committee but also for the other
16 Parties?

17 **DR. GARCÉS:** Yes, that's right.

18 *(Distribution des documents.)*

19 **M. le Président** : Everybody has a paper? Go ahead, Dr. Garcés.

20 **Plaidoiries introductives des Demanderesses**

21 **Dr Garcés.**- Monsieur le Président je disais tout à l'heure -- je pensais que vous nous
22 donniez déjà la parole sur le fond. Nous vous remercions pour l'évocation de la
23 mémoire de M. Pey et cela nous faisait évoquer la Tour de l'Horloge, dans un angle du
24 Palais de Justice de Paris, regardant la Seine, que, probablement, nous connaissons
25 tous, où est écrite la phrase : « *Tempus fugit, stat jus* ». Monsieur Pey est parti, le
26 temps coule, mais le droit demeure. Il est parti, mais le droit qu'il défendait, il est là et
27 nous allons le soutenir pendant ces journées.

28 La première question que nous allons évoquer est l'ordre du jour, comment nous allons
29 développer les différents points de vue. C'est Mme Alexandra Muñoz qui va faire une
30 brève présentation de l'ensemble de notre approche.

31 **Me Muñoz.**- Merci, Monsieur le Président. Madame, Messieurs les membres
32 du Comité, chers confrères, Mesdames les représentantes de la République du Chili.

33 Juste une présentation générale de ce qui va être présenté aujourd'hui par
34 les Demanderesses concernant leur réclamation, qui suit, en réalité, quasiment
35 intégralement – il y a quelques petits changements – le *skeleton*, pardon, le canevas
36 qui vous a été adressé précédemment, en fin de semaine dernière.

37 Nous commencerons la présentation par le pouvoir du Comité ad hoc, qui résulte de
38 l'article 52.3 de la Convention, pour répondre à la question qui a été posée par les
39 membres du Comité aux Parties dans leur lettre du 19 février 2019.

40 **M. le Président** : Can you speak up a little bit because I am an old man. Thank you
41 very much .

42 **Me Muñoz.**- Ok. Pardon. Donc nous commencerons cette présentation par les
43 pouvoirs du Comité ad hoc en application de l'article 52.3 de la Convention, répondant

1 ainsi à la question qui a été posée par les membres du Comité dans la lettre
2 du 19 février.

3 Nous poursuivrons ensuite, tel qu'il a été indiqué, la présentation des motifs
4 d'annulation, et en particulier les standards qu'il convient d'appliquer, et ceux qui sont
5 le 52.1 A, mais très rapidement puisqu'ils seront repris plus en détail dans la
6 présentation relative au défaut apparent d'indépendance et d'impartialité de deux des
7 membres du Tribunal arbitral, puis, ensuite, de l'article 52.1 B, D et E.

8 Une fois ces standards posés, nous présenterons les moyens ou les fondements
9 d'annulation tels qu'ils ont été exposés, pas forcément dans l'ordre, mais tels qu'ils ont
10 été exposés dans les écritures, en identifiant à chaque fois quel motif ils concernent.

11 On commencera par la question de l'autorité de la chose jugée de la Sentence initiale
12 et le non-respect par le Tribunal de nouvel examen en démontrant qu'il s'agit d'un
13 excès de pouvoir manifeste notamment, mais également d'un défaut de motif.

14 Nous enchaînerons sur la question du *jus standi* de Mme Pey Grebe et répondrons, là
15 encore, à la question du Comité sur ce sujet, puis nous évoquerons les motivations
16 biaisées de la Sentence de nouvel examen. Enfin, nous passerons sur le traitement de
17 la preuve par le Tribunal de nouvel examen et traiterons de chacun des motifs
18 d'annulation que nous avons exposés dans nos écritures, puis l'inapplication du droit
19 applicable par le Tribunal de nouvel examen, l'apparente absence d'indépendance et
20 d'impartialité des deux membres du Tribunal arbitral de resoumission, la question de
21 nomination de M. Alexis Mourre. Et on terminera sur – si nous avons le temps – la
22 décision sur la correction d'erreurs matérielles et puis, surtout, sur la demande
23 complémentaire qui avait été présentée aux membres du Comité.

24 Voilà l'ordre dans lequel nous ferons ces présentations.

25 Je laisse maintenant la parole à Me Garcés.

26 **Dr Garcés.**- Nous arrivons donc à la fin de cette procédure en annulation, et comme le
27 Comité vient de le dire, nous nous trouvons face à une situation juridique qui me
28 semble être différente de celle des huit autres procédures en annulation auxquelles
29 vous avez fait référence.

30 Dans les autres procédures, le Comité *ad hoc* devait se prononcer sur l'annulation
31 d'une sentence qui était obligatoire pour les Parties, mais les Parties pouvaient
32 essayer de la modifier totalement ou partiellement en évoquant l'un des remèdes
33 prévus dans la convention.

34 Mais à ma connaissance, dans les huit affaires en annulation auxquelles vous faisiez
35 allusion, il n'y avait pas une sentence qui avait été... dont l'autorité de la *res judicata*
36 avait été affirmée par un premier Comité *ad hoc*. Est-ce que je me trompe ?

37 **M. le Président.**- You are right.
38

39 **Dr Garcés.**- Donc, cette différence, elle porte une conséquence : c'est quelle autorité a
40 le présent Comité pour décider sur un motif d'annulation relatif à la Sentence de re-
41 soumission par rapport à l'autorité de la chose jugée de la première Sentence ?

42 La proposition que nous faisons suit le modèle de l'*Affaire Amco*, où il y avait eu un
43 second Comité *ad hoc*, et qui établit très clairement des principes qui, par la suite, ont
44 été appliqués dans l'*Affaire Vivendi* et dans les autres affaires qui se sont trouvées
45 dans la même situation où nous nous trouvons aujourd'hui, face à une sentence initiale
46 avec l'autorité de la chose jugée qui ne... dont l'autorité *res judicata* ne peut pas être
47 modifiée par le présent Comité *ad hoc* et cela conformément à l'article 53 de la
48 convention.

1 La première conclusion que le Comité *ad hoc* a tirée de cette situation, c'est que les
2 questions adverses – dans ce cas-ci- à l'État du Chili, qui ont été tranchées sur le fond
3 dans la Sentence initiale et que l'État n'a pas soulevées devant le premier Comité *ad*
4 *hoc* pour annulation, sont *res judicata*.

5 Là-dessus, en perspective, les questions que l'État du Chili a demandé au premier
6 Comité *ad hoc* d'annuler, et que celui-ci a expressément non-annulées, ont également
7 l'autorité de la *res judicata*.

8 Il y a une nuance ici très importante à introduire, c'est que ces questions qui ont été
9 débattues devant le premier Comité *ad hoc* et que celui-ci a confirmées, nous
10 soutenons également qu'elles ont l'autorité de la chose jugée.

11 Et finalement, que les questions que le premier Comité *ad hoc* a expressément
12 annulées peuvent être... pouvaient être replaidées devant le Tribunal de re-soumission.

13 C'est dans cette perspective que nous envisageons le débat qui va suivre, et c'est
14 dans cette perspective que nous avons également envisagé la procédure en re-
15 soumission, car le premier Comité *ad hoc* a établi que toutes les parties de la Sentence
16 initiale avaient l'autorité de la *res judicata*, sauf le point 4 concernant le quantum, et les
17 paragraphes y afférents, qui se trouvaient dans le chapitre 8 de la Sentence initiale.

18 Ça signifie que pour le présent Comité *ad hoc*, de même que, d'abord, pour le Tribunal
19 de re-soumission, la date de la détermination de la compétence *ratione temporis* – de
20 même que la *ratione materiae* ou *ratione personae* – du Tribunal de re-
21 soumission avait déjà été établie avec l'autorité de la chose jugée, par le Tribunal
22 initial.

23 C'est également la nature étrangère de l'investissement ; investissement où ? Parce
24 que cette question nous a été posée par le Tribunal de re-soumission.

25 Permettez-moi une parenthèse.

26 Nous trouvons que cette réunion est très importante pour la décision à venir. Vous
27 avez indiqué que vous avez étudié l'ensemble du dossier, et ce qui nous paraît le plus
28 important, c'est la possibilité du dialogue entre le Comité et les Parties.

29 Ce qui signifie que si, dans le courant de nos interventions, il y avait quelques
30 questions que, de manière inattendue ou imprévue, vous aviez à évoquer, nous vous
31 invitons à poser la question immédiatement, de nous interrompre, sans besoin
32 d'attendre la fin de l'exposé. Comme ça le dialogue sera, nous semble-t-il, plus
33 profitable pour toutes les Parties.

34 Donc, la nature étrangère de l'investissement a été également déterminée avec
35 l'autorité de la chose jugée, et le droit d'agir des actionnaires, car l'investissement a eu
36 lieu par l'achat des actions.

37 Et là-dessus, il y a une remarque à faire : c'est l'intérêt avec lequel la Partie adverse ne
38 parle jamais des actions, que l'investissement a eu lieu sur... dans l'achat des actions.
39 C'est une question qui a été posée par le Tribunal de re-soumission, dans les
40 dernières questions de la dernière journée : en quoi consistait l'investissement ?

41 La Partie adverse parle toujours de l'investissement confisqué, et oublie la question
42 des actions.

43 Et si vous remarquez la structure de la Sentence de re-soumission, vous verrez que
44 dans l'exposé des faits, tel qu'il reflète les propositions des Demanderesses, on parle
45 toujours d'actions – actionnaires, des droits des actionnaires.

46 Et lorsque vous passez à l'exposition des faits de la Défenderesse, là, le
47 mot « action », « actionnaire » n'apparaît jamais !

1 Et lorsque vous passez à l'analyse qu'a fait le Tribunal de re-soumission, l'expression,
2 le mot « action », « actionnaire » n'apparaît jamais !

3 Ceci est important pour ce qui concerne le droit d'agir de l'actionnaire, qui a remplacé,
4 en droit et en intérêt, l'actionnaire M. Pey après son décès – et même avant son décès.
5 Car il a été discuté devant le Comité *ad hoc* également si la transmission des actions
6 comportait, avec cette transmission, le droit d'agir, le droit d'accéder à l'arbitrage
7 international.

8 L'autre Partie a très fermement soutenu le contraire devant le Tribunal initial et devant
9 le Comité *ad hoc*, et les deux organes ont tranché dans le sens que la transmission
10 des actions de M. Pey, à 90 % en l'année 1990 à la fondation, comportait le droit d'agir
11 et le droit d'accès à l'arbitrage international.

12 Par conséquent, si ça a été le cas – *res judicata* pour 90 % des actions –, nous
13 soutenons que c'est la même chose pour le restant : les 10 % qui étaient transmis
14 *bona fide* par M. Pey à sa fille avant le commencement de la procédure en révision.

15 Nous y reviendrons... Pardon, en re-soumission ! Nous y reviendrons plus tard.

16 Il a été également discuté devant le premier Tribunal... le premier Comité *ad hoc*, le
17 rapport de cause à effet de la violation et du dommage subi.

18 Nous avons, dans nos Mémoires, indiqué les paragraphes exacts où le premier Comité
19 *ad hoc* rejette la proposition du Chili disant que la Sentence initiale avait modifié la
20 charge de la preuve sur ce point-là.

21 Et également, il a été déterminé avec l'autorité de la chose jugée la nature de
22 l'indemnisation.

23 Tout au long de la procédure initiale, tout au long de la procédure en première
24 annulation, on a parlé seulement d'une décision pécuniaire. C'est le mandat que les
25 Demanderesses ont donné aux deux tribunaux, et les deux Parties ne parlaient que de
26 cela, de l'indemnisation de nature pécuniaire.

27 Et la question, également, du droit applicable a également été très discutée, et
28 également tranchée dans les deux niveaux : première Sentence et premier Comité *ad*
29 *hoc*.

30 Et là-dessus, je voudrais attirer l'attention du second Comité *ad hoc* sur l'intérêt très
31 particulier que le premier Comité a porté à la question du droit applicable.

32 Car... Et là-dessus, je donnerai la parole – avec votre permission – au membre du
33 premier Comité *ad hoc*, le Pr Bernardini, qui s'est adressé aux parties Demanderesses
34 de manière très précise. C'est dans le dossier, il y a la transcription des paroles de
35 M. Bernardini, mais je préfère entendre directement le ton et qu'est-ce qu'il a demandé
36 aux Parties.

37 *(Diffusion de l'extrait audio.)*

38 **M le Pr Bernardini.** - « *Madame Malinvaud, apart of the issue of admissibility, I would*
39 *like to understand whether you rely on the manifest excess of powers by the Tribunal*
40 *for any ignored or non-applied Article 7 of the Constitution of 1980, if I understand*
41 *well, and the question is, are you assuming, and I would like to know whether this*
42 *issue was considered and discussed with the Parties by the Tribunal, or is it your*
43 *position that the Tribunal committed this manifest excess of power because it should*
44 *have applied that article ex officio, whether or not that position would have been*
45 *discussed with the Parties. So, my question is, was it discussed, this issue, Article 7,*
46 *the applicability of Article 7 of the Constitution? Or is the position that, no matter*
47 *whether discussed or not, the Tribunal should have applied, as of right, ex officio?»*
48

1 **Dr Garcés.**- La question était donc adressée à notre collègue Me Malinvaud, qui a
2 répondu à cette question. Mais quelques minutes après, à nouveau, le premier Comité
3 *ad hoc* est revenu sur la question. Et voici la deuxième fois où il prend la parole. C'est
4 toujours le Professeur Bernardini

5 *(Diffusion de l'extrait audio.)*

6 **M le Pr Bernardini.**- « *Sorry, I am to go back to my previous question, which was,*
7 *was this issue of the application of Article 7 of the Constitution of 1980 be brought to*
8 *the attention of the Tribunal or not. I have understood from the answer that you had*
9 *pleaded in that direction. However, if you could kindly go to Paragraph 593 of the*
10 *Award, the Tribunal said, at the very end of that paragrap, « A la connaissance du*
11 *Tribunal le décret suprême n° 165 est toujours en vigueur. » This Decree 165, to my*
12 *understanding is the Decree that has confiscated, has liquidated, the two companies*
13 *and transferred to the State the property of those two companies. So, the Tribunal*
14 *started from the assumption, probably wrong, according to your statement, Article 7 of*
15 *the Constitution, that Decree is still in force. So, I wonder whether it was brought to the*
16 *attention of the Tribunal the existence of Article 7 or not? and I repeat my question.”*

17 **Dr Garcés.**- C'est moi qui ai répondu à cette question, vous pouvez la lire dans la
18 transcription que nous avons jointe à nos mémoires.

19 C'est à quel point le premier Comité a été sensible au droit applicable et à la hiérarchie
20 des normes, car l'essence même de cette affaire – de 20 années d'arbitrage ! – se
21 trouve dans trois paragraphes de la Sentence initiale : ce sont les paragraphes 666,
22 667, 668.

23 Autour de ces trois paragraphes dans la sentence initiale, il y a deux écoles de droit
24 international qui s'affrontent.

25 La première, pour parler en termes juridiques, des écoles de droit.

26 Le décret 165 a été adopté sous l'influence, disons, de la doctrine du grand juriste –
27 parce il était techniquement un très bon juriste – Carl Schmitt. Mais il a mis en
28 application sa qualité de grand juriste en faveur de certaines valeurs, que je ne partage
29 pas, et dont l'application, dans la circonstance du Chili, a été l'instrument dont s'est
30 servi la dictature, remplaçant... ce qu'en allemand on appelle le *Führerprinzip* par le
31 commandement du chef de l'armée : le droit a été soumis à la volonté du chef.

32 Cette acceptation-transmission de la doctrine de Schmitt au Chili est passée par
33 l'Espagne. Schmitt s'est réfugié en Espagne, s'est marié avec une dame espagnole, a
34 vécu en Espagne, il y a fait beaucoup de disciples. Et le franquisme – la version
35 espagnole du fascisme – a incorporé des principes de Schmitt.

36 Et dans l'histoire du Chili, cette école est arrivée à avoir une influence certaine avec
37 l'armée avec le putsch... après le putsch.

38 Cette situation a changé. C'est le paragraphe 666 de la Sentence initiale, après
39 le rétablissement du régime démocratique, de l'hégémonie de la constitution. En
40 termes juridiques, on dirait que les disciples de Hans Kelsen ont pris le dessus à
41 l'intérieur du Chili. La norme, la norme fondamentale. Et c'est en application de cette
42 norme fondamentale qu'un juge de Santiago – en juin 95 – a remis à M. Pey la totalité
43 des actions, parce que la preuve qu'il les avait achetées et qu'il les avait payées
44 figurait dans le dossier.

45 Mais le Chili a subi une dictature très cruelle. Il ne suffisait pas de dire : « On rétablit la
46 hiérarchie de la constitution ». Et là, intervient, disons, l'influence de Husserl, en
47 parlant des écoles juridiques, de la dimension de Husserl, le dialogue entre Husserl et
48 Kelsen : le droit positif ne suffit pas, il faut que le droit positif ait un contenu, un contenu

1 social, un contenu de valeurs. C'est l'apport de Husserl. Et cette école-là, au Chili, s'est
2 manifestée par la réforme de la constitution qui a été négociée et exigée par
3 l'opposition démocratique en 1989, qui a consisté à introduire à l'article 5 de la
4 constitution la primauté du droit international humanitaire sur la constitution elle-même
5 et sur la souveraineté de l'État. Dans l'article 5, alinéa 2, la souveraineté de l'État
6 chilien est subordonnée au droit international humanitaire, Husserl et Kelsen y étaient
7 articulés.

8 Et lorsque le premier Tribunal a discuté de cela, ces changements de cette
9 constitution, on peut les retrouver dans les paragraphes 667, 668.

10 667 : le Chili a reconnu devant le Tribunal initial, l'État, que les confiscations étaient
11 invalides et que l'État avait le devoir d'indemniser. C'est le paragraphe 667.

12 668 : « Cette conclusion honore l'État du Chili », dit le premier Tribunal. Le problème,
13 c'est qu'il ne l'a pas appliquée à Monsieur Pey et au lieu, donc, de lui restituer ou de
14 l'indemniser pour ce qui était invalide, il a indemnisé d'autres – de tiers – qui n'étaient
15 pas les propriétaires. Et ça, c'est le paragraphe 674.

16 Le professeur Howse prendra ensuite la parole et développera certains de ces points.
17 Je pourrai également, bien entendu, de la même manière que j'ai parlé de *Husserl* de
18 parler de Radbruch ... Mais on était déjà sous la période constitutionnelle rétablie, à
19 partir de 1990.

20 Le premier Comité *ad hoc*, dans la section, toujours, concernant le droit d'indemnité, a
21 été également sensible à la proposition suivante des Demanderesses, qui se trouve au
22 paragraphe 612 du Mémoire devant le premier Comité *ad hoc*, section 3-3¹, dont le
23 chapeau indique : « *Les fondements d'annulation concernant le calcul du dommage*
24 *par le Tribunal arbitral* ».

25 Et voilà ce qu'a soutenu la Demanderesse, paragraphe 612 : « *En concluant que la*
26 *République du Chili avait commis un déni de justice et traité M. Pey et la Fondation*
27 *espagnole de manière discriminatoire, le Tribunal arbitral – initial, bien entendu – a*
28 *simplement constaté que la République du Chili avait empêché les investisseurs d'être*
29 *indemnisés. C'est donc ce dommage qui doit être réparé.* »

30 Et vous voyez que, presque littéralement, cette demande des Demanderesse a été
31 accueillie par le premier Comité *ad hoc*. Et dans le paragraphe 266², exactement, il
32 affirme la même chose : que le déni de justice a consisté à avoir empêché la
33 Demanderesse d'obtenir une indemnisation «*équivalente*» à celle que comportait la
34 valeur des biens, la confiscation étant invalide (paragraphe 667 de la Sentence
35 initiale).

36 Et dans cette ligne de raisonnement, le Mémoire des Demanderesses que je viens de
37 citer, au paragraphe 617, affirme quelque chose de très important pour ce matin. Ce
38 sont les Demanderesses qui parlent devant le premier Comité : « *Si, par extraordinaire,*
39 *le Comité ad hoc devait considérer qu'il existe un motif d'annulation de la Sentence sur*
40 *l'un des fondements ayant une incidence sur le quantum, les Demanderesses*
41 *sollicitent respectueusement du Comité ad hoc qu'il ne prononce qu'une nullité partielle*
42 *de la Sentence. En effet, le motif d'annulation invoqué ci-dessus n'affecte pas*
43 *l'intégralité de la Sentence, mais uniquement la partie relative au quantum, à savoir les*
44 *paragraphes 685 à 704, et par conséquent, son seul dispositif n° 4.* » Ici on trouve
45 formulée, *verbatim*, la Décision du premier Comité *ad hoc*, qui, refusant la demande
46 d'annulation totale sollicitée par le Chili, a annulé seulement ce qui était la demande
47 subsidiaire des Demanderesses.

¹ Pièce C206, Mémoire en réponse des Demanderesses du 15 octobre 2010, §§612, 617, 1^{ère} procédure en annulation

² Pièce C20, Décision du 1^{er} Comité *ad hoc* du 18 décembre 2012, §266

1 Bien entendu, le premier Comité *ad hoc* ne pouvait prendre cette décision qu'en vertu
2 des fondements d'annulation qui étaient invoqués par la seule partie qui pouvait les
3 invoquer. La demande que nous avons faite [prière d'entendre : d'annulation partielle
4 du para. 8 du Dispositif de la Sentence initiale] n'a pas été acceptée.–Le premier
5 Comité a considéré que celle-ci était extemporanée, nous l'avons demandée aussitôt
6 que nous avons eu connaissance du Jugement interne, mais c'était trop tard.

7 Donc, on voit à quel point le premier Comité a été sensible au droit applicable et au
8 droit qui était invoqué par les Demanderesses.

9 Nous soutenons donc que ces points-là, ces questions-là ayant été débattues de
10 manière contradictoire entre les Parties et ayant été décidées de la manière qu'elles
11 l'ont été par le premier Comité *ad hoc*, elles ont également l'autorité de la chose jugée.
12 Et c'est sur la base de cette considération, de cette conclusion, que nous avons
13 soumis la demande qui portait sur un mandat au deuxième Tribunal relatif
14 exclusivement au *quantum* de l'indemnisation, à partir de la conclusion du premier
15 Comité *ad hoc* dans le paragraphe 266 et dans le dispositif.

16 Donc cette conclusion s'imposait au second Tribunal . Et là, nous avançons déjà ce qui
17 sera développé par la suite, le second Tribunal n'a pas partagé du tout ni les
18 conclusions du premier Comité *ad hoc*, ni la Sentence du premier Tribunal. La
19 Sentence de resoumission est une sentence de resoumission où l'on voit que le
20 Tribunal de resoumission ne partage pas du tout les raisonnements et la conclusion du
21 premier Tribunal. Pas du tout. Et il s'en éloigne ouvertement et sans réserves.

22 Par exemple, le premier Tribunal dit : « Le propriétaire est M. Pey », 666, 667; 668,
23 674. Le second Tribunal dit le contraire : « M. Pey n'est pas le propriétaire ». Pour que
24 M. Pey soit le propriétaire, vous pouvez lire sur le paragraphe 198 : Il faudrait qu'il
25 combatte, et qu'il gagne, devant les juridictions chiliennes la nullité de la Décision 43 et
26 la nullité du décret 165. Seulement s'il remporte au Chili cette nullité, il sera le
27 propriétaire. Cette nullité, dit presque littéralement le 198: Si le décret était vraiment
28 nul, la conséquence serait que la propriété de l'investissement a été continue pour
29 M. Pey et la Fondation tout au long de la dictature et jusqu'à maintenant .

30 Cette conclusion – cette prémisse même de tout le raisonnement de la seconde
31 Sentence – est absolument incompatible avec les paragraphes 666, 674 de la
32 Sentence initiale et les conclusions du premier Comité *ad hoc*, et, par conséquent,
33 nous affirmons qu'il y a eu, là-dessus, sur ce jugement-là, une violation ouverte,
34 consciente et délibérée de l'autorité de la chose jugée.

35 Et, pour répondre à la question du présent Comité *ad hoc*, nous trouvons que vous
36 n'avez pas la discrétion, là-dessus, de ne pas annuler la Sentence lorsque vous aurez
37 remarqué qu'il y a eu violation ouverte de l'autorité de la chose jugée par le second
38 Tribunal.

39 Bien entendu, cette décision devra être prise dans le cadre des motifs prévus par
40 l'article 52 de la Convention, dont la lettre B, justement, prévoit l'excès de pouvoir ; et
41 la lettre D, le manquement à une règle fondamentale de la procédure, dans ce cas-ci,
42 c'est le biais, c'est le *due process* qui n'a pas été respecté au sujet des questions que
43 je viens d'évoquer; et également sur la lettre E, parce qu'il n'y a pas eu de
44 raisonnement justifiant ce changement radical de la conclusion du premier Tribunal par
45 le second Tribunal.

46 Vous avez évoqué également, dans vos questions, la question relative à l'interprétation
47 qu'il faut faire par rapport à ce motif d'annulation. Alors, nous faisons donc cette
48 différence radicale. Alors que le Comité, le second Comité, n'a pas la discrétion de
49 faire abstraction s'il y a eu une violation ouverte ou non de la *res judicata*, par contre,
50 pour les autres motifs d'annulation qui ne portent pas sur la *res judicata*, là-dessus,
51 notre approche, bien entendu, est celle qui, dans les huit affaires que vous avez

1 évoquées, a été appliquée par les Comités *ad hoc*, c'est-à-dire la seconde Sentence,
2 une Sentence qui est susceptible d'une modification conformément à la doctrine des
3 Comités *ad hoc* du CIRDI.

4 Donc, ce sont deux plans radicalement différents.

5 Et pour cette seconde dimension, ce que nous proposons au second Comité *ad hoc*,
6 tout d'abord, comme critère d'orientation, qui n'est pas obligatoire mais dont on devrait
7 tenir compte est la réponse que le premier Comité *ad hoc* a donnée aux questions de
8 la discrétion pour annuler ou ne pas annuler lorsqu'il trouve un motif A, pardon, à
9 l'époque, c'étaient petit *b*, petit *d* ou petit *e*. Et là-dessus, nous nous référons à la
10 décision du second Comité *ad hoc*.

11 Vous trouverez, dans la partie correspondante à chacun de ces motifs, la position du
12 premier Comité *ad hoc*.

13 Concernant la discrétion, par exemple, le premier Comité *ad hoc* affirme que lorsqu'il
14 se trouve devant un abus de pouvoir, il a l'obligation d'annuler, mais il a la discrétion
15 d'évaluer si cet abus de pouvoir est fondamental ou n'est pas fondamental. Donc il fait
16 la différence. Et nous estimons que les mêmes critères qui étaient appliqués par le
17 premier Comité *ad hoc* peuvent être tenus en compte par le second Comité *ad hoc*. Et
18 c'est, là, également le cas pour la lettre D ou pour la lettre E.

19 Il est particulièrement rigoureux, le premier Comité *ad hoc*, lorsqu'il s'agit du manque
20 de motifs. Il trouve que c'est inexcusable et que cela mérite certainement l'annulation,
21 avec les nuances que vous pourrez trouver dans la décision du premier Comité *ad hoc*.

22 L'une des premières questions que vous avez soulevées aux Parties, c'est d'établir
23 justement la discussion du secrétariat général concernant la nomination de ce que
24 nous appelons le « troisième arbitre », d'un membre du tribunal, dans ce cas-ci,
25 M. Mourre, qui a été l'objet d'une longue discussion.

26

27 **M. le Président.**- Before you come to that point, can I ask questions which you
28 don't--even prefer that you don't answer them now, but reserve them, and then
29 answer them altogether at another time.

30 The first question concern--I would very much like you to read in the first--in the
31 initial Award, the initial of 2008, Paragraph 608. I think that is a key paragraph in that
32 Decision which says:

33

34 *«A cette date l'expropriation était consommée, quelle que soit l'appréciation que l'on
35 peut porter sur sa licéité ».*

36 This is one of the essential paragraphs, and the paragraph that you quoted right now,
37 which says, to our knowledge, it still is not annulled. It is only understandable, in my
38 mind, if I refer it back to this Paragraph 608. This is my question:

39 Do you see an interrelation between what you have quoted and this paragraph?
40 Not now. It's really collecting questions.

41 And the second question is that what you have just said right now about the
42 discretion, the Respondent asked--we are confronted with two questions.

43 One question is whether a Committee has the discretion to state or interpret
44 Article 52 or not, in this or another way. And I do not think that this is a matter of
45 discretion.

46 The question is elsewhere. And the Respondent says, "Even if the Committee
47 finds that there has been an excess of power, we invite you."

48 The Respondent says, "Still not to annul the Award because the Committee has
49 discretion to annul or not to annul even if it states that one of the grounds of
50 Annulment exists."

51 And I don't know whether you wanted to get to this point with what you have

1 just said or not. If not, let's, again, reserve it for another moment.

2

3 **Dr Garcés.**- Très volontiers, nous répondrons tout de suite.

4 **M. le Président.**- OK.

5 **Dr Garcés.**- Je crois c'est la valeur du dialogue. Le Pr Howse prendra la parole tout à
6 l'heure pour répondre également à ces questions-là. Mais avant, je voudrais donc
7 préciser le contexte dans lequel la première Sentence, au premier paragraphe que
8 vous avez lu, dit que la confiscation a été instantanée, et, cependant, au
9 paragraphe 667 elle dit que l'État du Chili a reconnu l'invalidité des confiscations.

10 Qu'est-ce que qui s'est passé ?

11 Toute la discussion... une grande partie de la discussion pendant la première
12 procédure a été, c'était notre cheval de bataille, l'acte continu illicite entre la saisie
13 en 1973, le jour du coup d'État, du groupe de presse, la confiscation deux années
14 après par le décret 165 qui, bien entendu, n'étaient pas des infractions à l'API parce
15 que l'API n'était pas encore édictée, et ce qui s'est passé après l'entrée en vigueur de
16 l'API, en l'année 2000 et 2002, la violation de l'API. Et nous avons dit : « Puisque ce
17 décret était nul, *ab initio*, il y a un acte continu. »

18 Et le tribunal...

19 **M. le Président.**- I am sorry to interrupt, but the first Tribunal says "We don't care
20 whether it was null and void or not, because that is not the real question".

21

22 **Dr Garcés:** Exact

23

24 **M. le Président.**- That is what they say in 608.

25

26 **Dr Garcés.**- Exact. La réponse se trouve encore une fois dans l'école de droit de
27 Kelsen, la différence entre efficacité et validité : « *ce décret fait toujours partie du*
28 *régime législatif chilien* » dit la première sentence, « *il n'a pas été remis en question*
29 *par les juridictions chiliennes* », mais, cependant, il est devenu inefficace après le
30 rétablissement de l'autorité de la constitution.

31 Pour que vous compreniez mieux la question. Des crimes contre l'humanité qui ont été
32 commis sous la dictature ont été amnistiés par la dictature, il y a eu un décret
33 d'autoamnistie l'année 1977. Cette autoamnistie a été appliquée pendant la dictature et
34 encore quelques années après. Ce décret d'autoamnistie est toujours dans le système
35 législatif chilien, il n'a jamais été abrogé. Et cependant, les cours de justice du Chili ne
36 l'appliquent pas. C'est-à-dire, n'étant pas efficace, le décret, il n'est pas considéré
37 valide. Et des dizaines et des dizaines d'officiers du service de renseignement, de
38 l'armée chilienne, ont été jugés et condamnés pour des crimes commis sous la
39 dictature alors que le décret d'amnistie est toujours dans le système législatif chilien.

40 Pour ce qui concerne le décret 165 et nos discussions, ce que le premier tribunal a vu,
41 et également le Comité *ad hoc*, c'est qu'après 1990 l'autorité suprême de la
42 constitution ayant été rétablie, l'article 7 était d'application impérative et les tribunaux
43 chiliens, systématiquement, ont déclaré la nullité *ab initio* de toutes les confiscations
44 qui ont eu lieu sous la dictature.

45 Donc, le décret était toujours en vigueur, mais soit le tribunal chilien constatait qu'il
46 n'était pas applicable, soit il déclarait qu'il n'était pas valide, d'après la demande qui
47 était formulée par un demandeur ou un autre.

48 Mais la Sentence initiale dit quelque chose de très important.

1 À partir de l'année 1998, il y a une loi du Parlement chilien qui reconnaît le droit
2 d'indemnisation des victimes des confiscations. Et cette loi en 1998 a créé des droits -
3 1998, donc lorsque l'API était déjà en vigueur. Ensuite en 2001 et en 2003, l'État du
4 Chili devant le premier Comité *ad hoc* a reconnu l'invalidité des confiscations.

5 Donc, pour ce qui concerne la discussion sur l'acte continu, le premier tribunal a dit :
6 « Non, il n'y a pas de continuité », parce que à la connaissance du premier tribunal la
7 validité du décret n'a pas été mise en question. Mais de nouveaux droits ont été créés
8 à partir de la décision législative de 1998 et à partir, bien entendu, de la
9 reconnaissance de cette invalidité devant ce tribunal.

10 Et la conséquence a été que le tribunal a fait ces deux affirmations qui, si on ne tient
11 pas compte du contenu du débat devant lui et des manifestations des Parties,
12 particulièrement de la reconnaissance de l'État de l'invalidité, ne se comprend pas.
13 Mais la conclusion est que la Sentence initiale a condamné le Chili parce qu'il n'a pas
14 reconnu que M. Pey est propriétaire de l'investissement et parce que l'État a reconnu
15 devant le premier tribunal l'invalidité des confiscations et l'obligation d'indemniser.

16 Et maintenant, concernant la seconde question, le Pr Howse évoquera également
17 quelques considérations.

18

19 **M. le Pr Lloyd Howse.-** Mr. President, I am going to address this question of
20 discretion that you raised, if I may.

21 So, first of all, it's obviously correct that the Committee has
22 competence-competence, and it's not a matter of discretion, but it's exercise of
23 Competence-Competence to interpret the convention, and, in particular, Article 52 of
24 the Convention.

25 So, we make a couple of observations: One, it is clear that there is some
26 discretion granted to a Committee under Article 52. So, if you point--if you look at
27 Article 52(5), the Committee may, if it judges the circumstances requiring it, for
28 example, suspend the execution of a sentence. That's a discretion.

29 And so, it's clear that the drafters of the Washington Convention turned their
30 minds to circumstances where it might be necessary to grant some discretionary
31 power to the Committee. But the kind of discretionary power asserted by Chile is
32 nowhere to be found within Article 52.

33

34 **M. le Président.-** Let us go not to Article 52(5), but let us go to Article 52(3), last
35 sentence: "The Committee shall have the authority to annul the Award or any part
36 thereof on any of the grounds that are enforced in Paragraph 1."

37 What is the interpretation, "should have the authority to annul or not to annul"?
38 Is that what it says or what is your opinion on that?

39

40 **M. le Pr Lloyd Howse.-** My opinion is that the Committee has the authority to annul
41 or not annul, depending upon whether or not the Committee comes to the conclusion
42 that any part or whole of the Award is annulable on the grounds that are stated in
43 Article 52.

44 So, in other words, the Committee has the authority not to annul, where it is of
45 the view that a ground for Annulment has not been established, because the grounds
46 are exclusive.

47 So, there is no other basis or power that the Tribunal has to annul, except on
48 one of the grounds that are stated in Article 52(1).

49

50 **M. le Président.-** So, it is your opinion, and that is the important point for me. It is
51 your opinion that once the Committee finds a ground for an Annulment, it must
52 annul?

53

1 **M. le Pr Lloyd Howse.-** Yes.

2

3 **M. le Président.-** Is that what you're saying?

4

5 **M. le Pr Lloyd Howse.-** Yes.

6

7 **M. le Président.-** Although the article says it has the authority to annul. It does not
8 say it "must" annul. It uses another language.

9 But you say, whatever the language, if a ground is present, it must annul. Is
10 that your opinion--that is your position?

11

12 **M. le Pr Lloyd Howse.-** Yes. If the ground is established.

13

14 **M. le Président.-** Okay.

15

16 **M. le Pr Lloyd Howse.-** It's obviously not enough, simply, for the Petitioner to claim
17 the ground, but the Committee has to be persuaded that the ground is established.

18 And, in this regard, I would note 52(4), which refers to the application of
19 Articles 41 to 45, mutatis mutandis to the Annulment Committee Procedure. That's
20 52(4).

21 And, so, if I may direct the Tribunal, then, to one of these provisions that applies
22 to the Annulment Procedure "mutatis mutandis", it's 42(1), which says that the
23 Tribunal shall rule on the dispute in accordance with the rules of law in question.

24 And then 42(2) refers to the Tribunal not having the authority to refuse to make
25 a judgment based upon certain considerations.

26 And then 42(3)--

27

28 **M. le Président.-** We are listening.

29

30 **M. le Pr Lloyd Howse.-** Yes. 42(3) continues that unless there is an agreement
31 between the Parties, there is no discretion to make a Decision based on general
32 considerations of equity, ex aequo et bono.

33 And so, it's our submission to the Tribunal--to the Committee, excuse me, to
34 this Committee, excuse me--that these provisions, to the extent they apply, mutatis
35 mutandis, to an Annulment Procedure, make it quite clear that the Committee's role
36 in deciding to annul or not to annul involves a process that is purely legal in nature
37 and not discretionary, and has to be determined by the relevant rules of law.

38 And so, these considerations, along with the fact that no discretion of the kind
39 suggested by Chile has been explicitly introduced into Article 52, while other kinds of
40 discretion have been explicitly been conferred on the Tribunal--on the Committee,
41 excuse me--makes us come to the conclusion that the authority referred to in
42 Article 52 means the following: That where, on the basis of law, the Committee finds
43 that a grounds for Annulment exists, it must annul; where, on the basis of law, the
44 Committee finds that a ground for Annulment has not been established with respect
45 to part or whole of an Award, the Committee must refrain from annulling in that
46 situation.

47 So, these are our Submissions. We think that this is the legal responsibility of
48 the Committee for which it has been granted the authority to annul or not annul under
49 Article 52.

50 We would also make the observation that that seems to us to comport with the
51 function of the Annulment process, which is really to safeguard the propriety and
52 integrity of the ICSID system.

53 So, imagine a situation where the Annulment Committee were to come to the
54 conclusion that a Tribunal exceeded its powers, that it actually did not have the
55 jurisdiction that it purported to exercise.

1 For the Committee to come to that conclusion and then not find that that Award,
2 or the relevant part thereof, was annulled, seems to me to actually be inconsistent
3 with the role of protecting the integrity of the propriety of the system, because what
4 the Committee would be doing, in a sense, is saying that it will somehow perpetuate
5 the validity of an Award in respects of which it has found that the Tribunal that made
6 the Award in those particular respects, had no jurisdiction, no competence, to do so.

7 And somehow that seems to me that that would be, in a way, shocking in terms
8 of the propriety of the system, to continue the validity of something where the
9 Committee had determined that there was manifest excess of powers.

10 Thank you.

11
12 **M. le Président.**- Thank you.

13
14 **Dr Garcés.**- La position du premier Comité *ad hoc* concernant le sujet que nous
15 sommes en train d'évoquer, je disais que pour ce qui concerne la lettre A, pardon ! la
16 lettre B, l'excès de pouvoir manifeste, la décision du premier Comité *ad hoc* a suivi de
17 près la position de l'État du Chili qui, dans sa réplique en annulation du 12 septembre
18 2010 disait :

19 "The tribunal was required to interpret Chilean law, not necessarily as the Chilean
20 Government interpreted it ..., but rather as it was interpreted in Chile by the Chilean
21 national courts, legal scholars and authorities... ICSID Tribunals therefore are bound
22 to follow the direction set by the National Courts..."

23
24 Voilà la position de l'État du Chili devant le premier comité *ad hoc*. La décision du
25 premier Comité *ad hoc* a été la suivante, paragraphe 66 de la Décision :

26 « *En ce qui concerne l'excès de pouvoir, les deux parties conviennent qu'un tribunal*
27 *peut excéder ses pouvoirs de deux manières : (i) en exerçant sa compétence de*
28 *manière inappropriée (ou en n'exerçant pas sa compétence) ; et (ii) en n'appliquant*
29 *pas le droit approprié. S'agissant du défaut d'application du droit approprié, les parties*
30 *conviennent qu'il existe une distinction importante entre le fait de ne pas appliquer le*
31 *droit approprié, qui constitue un motif d'annulation, et une application incorrecte ou*
32 *erronée de ce droit, qui ne constitue pas un motif d'annulation. Le Comité est d'accord.*
33 *Comme l'a expliqué le Comité ad hoc dans Amco I ...»,*

34 et il poursuit sur cette ligne de raisonnement :

35 « *Le Comité note que le Chili soutient également que, dans certaines circonstances,*
36 *une mauvaise application du droit, même si le droit approprié a bien été identifié, peut*
37 *être si grave qu'en pratique, elle constitue une inapplication du droit approprié. À*
38 *l'appui de sa prétention, » — continue le premier Comité *ad hoc* — « le Chili se réfère*
39 *aux décisions de plusieurs Comités, notamment Soufraki, Amco II, Vivendi II, MTD et*
40 *Sempra ».*

41 Paragraphe 68 :

42 « *La Défenderesse avance également que la bonne application d'un droit national*
43 *exige du tribunal qu'il interprète ce droit de la manière dont il est interprété par les*
44 *tribunaux de la nation concernée, ainsi que par la doctrine et les autorités de cette*
45 *nation. À cet égard, le Comité est d'accord avec la nuance introduite par le Comité ad*
46 *hoc dans Soufraki ».*

47 Et il l'explique par la suite.

48 Voilà donc le débat tel qu'il a eu lieu devant le premier Comité *ad hoc*, la position des
49 Parties et la conclusion du premier Comité *ad hoc*. Nous estimons que pour ce qui
50 n'est pas la *res judicata*, le présent Comité *ad hoc* peut tenir compte de ces termes, de
51 ces débats et de ces conclusions.

1 Dans cette perspective, la conclusion à laquelle on peut aisément arriver de notre point
2 de vue, c'est que le second Tribunal n'a appliqué nullement le droit chilien, absolument
3 pas. L'importance de l'article 7 a été soulignée de mille manières pendant les débats,
4 pendant la resoumission, article 7, article 7... parce qu'il est impératif : les tribunaux
5 ont l'obligation ...du principe de la séparation des pouvoirs.

6 La seconde sentence a complètement ignoré l'article 7 malgré le fait que nous avons
7 attiré l'attention sur l'importance que le premier Comité avait accordée à l'article 7.

8 La seule référence qu'il fait au droit interne, se trouve dans le paragraphe où il parle de
9 M. Libedinsky, l'expert du Chili. C'est un excursus sur le droit public chilien, mais il
10 s'arrête là. Il ne dit pas en quoi consiste le droit public chilien alors qu'il a été de
11 manière insistante rappelé. Nous avons introduit plus de 20 sentences de la Cour
12 suprême chilienne, des juridictions chiliennes où, d'une manière systématique
13 s'applique l'article 7 de la Constitution et déclarent la nullité *ab initio*, *ex tunc*, des
14 décrets confiscatoires ou des confiscations.

15 Là, le second tribunal ne dit rien là-dessus. Il fait une référence seulement à l'opinion,
16 au respect que mérite l'expert du Chili, M. Libedinsky. Mais là, il faut que je vous dise
17 que cette référence à l'honorabilité — disons-le comme cela, ce ne sont pas
18 exactement les mots qu'emploie la sentence- de M. Libedinsky porte, non pas sur le
19 droit chilien, mais sur la critique que les Demanderesses avaient faite à la présence de
20 cet expert dans la procédure de resoumission. Lorsque son nom a été avancé par
21 l'État du Chili, nous avons écrit au second tribunal que cet expert, un ancien président
22 de la Cour suprême du Chili, avait pris des positions, en exerçant sa fonction, qui
23 appliquaient le décret d'auto-amnistie, et qu'il avait interdit la poursuite de la procédure
24 lors de l'assassinat du diplomate espagnol Carmelo Soria en application, justement, du
25 décret d'amnistie.

26 Nous avons évoqué le contraste entre cette position de l'ancien juge en ce qui
27 concerne les actes illicites contre le droit international commis sous la dictature et le
28 positionnement qu'avait eu la Cour suprême du Chili avant, en 2013, et le syndicat de
29 la magistrature, qui a fait un *mea culpa* public, remarquable, sur la non-application du
30 droit par la Cour suprême sous la dictature. Et ils ont demandé, ont fait des excuses à
31 la population chilienne pour les manquements de l'ensemble de la magistrature
32 chilienne à leurs obligations d'après la loi et la Constitution. Nous avons dit :
33 M. Libedinsky représente la position chez les magistrats antérieure à cette critique qui
34 vient d'être rendue publique. Je rends hommage à cette décision de la magistrature
35 chilienne. Je ne connais aucun pays qui ait subi une dictature, en Europe ou ailleurs,
36 où la magistrature dans son ensemble, au plus haut niveau, ait rendu une
37 communication publique d'excuses pour ne pas appliquer le droit sous la dictature. Je
38 ne connais pas cela, en Espagne certainement, pas en France, sous Vichy, pas en
39 Allemagne, pas en Italie, mais au Chili. Tant mieux ! En tout cas, ce n'est pas une
40 excuse mais tant mieux si la magistrature allemande a fait cela. Mais ce n'était pas
41 M. Libedinsky.

42 Nous avons ajouté en plus, et nous avons apporté la preuve, qu'une magistrate du
43 Chili avait dénoncé M. Libedinsky parce que dans l'exercice de ses fonctions, cette
44 dame avait été invitée par le président alors de la cour à une réunion privée dans son
45 bureau où il a essayé, d'influencer la décision que devait prendre cette juge.

46 Voilà donc que le second tribunal n'a pas partagé cette critique envers l'expert, et cette
47 phrase où il évoque le mérite, le respect, fait référence à cet incident.

48 Concernant l'avis lui-même de M. Libedinsky, la seconde Sentence ne dit rien de
49 précis et surtout, il omet le point où Libedinsky a répondu à la question de la
50 Demanderesse sur le Jugement interne du paragraphe -- le considérant neuvième du
51 jugement interne -- où le juge reconnaît, affirme que -- c'est dans ce paragraphe -- le

1 juge interne en 2008 a appliqué la nullité de droit public du décret 165 au moment de
2 considérer l'action civile de restitution des biens pour dépôt nécessaire.

3 À ce paragraphe-là, qui est clé pour l'interprétation du jugement interne, dans la
4 sentence n° 2 il n'y a pas de référence. Il n'y a aucune référence à la jurisprudence de
5 la Cour suprême là-dessus. Par conséquent, on peut dire catégoriquement que la
6 seconde Sentence n'a pas appliqué le droit chilien. Elle n'a pas appliqué non plus le
7 droit international, celui de la responsabilité de l'État, là-dessus, le Pr Howse prendra la
8 parole ensuite.

9 Il y a quelques autres points que je voudrais évoquer mais on me signale que le temps
10 passe.

11 J'irai plus vite pour indiquer que lors de la discussion devant le premier Comité sur
12 l'inobservation grave d'une règle fondamentale, le Comité a indiqué au paragraphe 80,
13 je cite :

14 *« De l'avis du Comité, il ne dispose d'aucune liberté d'appréciation pour refuser
15 d'annuler une sentence si une inobservation grave d'une règle fondamentale est
16 démontrée. Le Comité exerce son pouvoir de libre appréciation lorsqu'il détermine si
17 l'inobservation était grave ou non. L'examen de la gravité de l'inobservation implique
18 un examen de la gravité de l'acte concerné, c'est-à-dire... »*

19 Et vous pourrez lire cette prise de position.

20 En ce qui concerne un autre point, l'article 27 du règlement, c'est une question qui a
21 posée...Oui...

22

23 **M. le Président :** This is a new point. Let me ask you, again--don't answer it now,
24 but I want you to understand the whole team, your team, to understand the problems
25 that we have with the texts.

26 You talked about the Expert Libedinsky, and, of course, you talked about the
27 Resubmission Award Paragraph 197. And this is where the problem starts, and I
28 think you have to address that problem--if you want to. I mean, you don't have to;
29 you are free to present your case the way you see it fit.

30 But you have not talked about Paragraph 198 of the Resubmission Award
31 which says, "Even if the Claimants were able to establish the proposition for which
32 they have been arguing," meaning the nullity of the Decree 165--and this is now a
33 very, again, key sentence--"it would have no material bearing on these Resubmission
34 Proceedings."

35 It says "also," and I want you to address that, because it is in the texts.

36 What does that mean? When I read it spontaneously, I would say, well, was
37 it--is it elegant, what the Resubmission Tribunal did? I don't know. And it's not my
38 role to judge whether it was elegant or inelegant. But it says we don't care. And that
39 is--I want you to address that difficult point.

40 Because saying--Libedinsky says something which is not correct in Chilean law,
41 but this is the key sentence which we would like to understand better, or your position
42 on that sentence.

43

44 **Dr Garcés.-** En effet, nous partageons l'importance de ce paragraphe et nous l'avons
45 évoqué d'ailleurs comme vous le savez dans nos écritures. Nous répondrons à cette
46 question plus tard de manière plus directe.

47

48 **M. le Président :** Thank you very much that's a good procedure.

49

1 **Dr Garcés.**- Merci bien. J'avance rapidement sur d'autres questions que vous avez
2 posées concernant l'article 27 du Règlement, la renonciation à un droit. Nous avons
3 également la prise de position du premier Comité *ad hoc* là-dessus, qui se trouve dans
4 sa décision, au paragraphe 82 :

5 « Conformément aux articles 27 et 53 du Règlement d'arbitrage du CIRDI, une partie
6 peut perdre son droit d'objecter sur le fondement d'une inobservation grave d'une règle
7 fondamentale de procédure si elle s'est abstenue de faire valoir son objection à la
8 procédure du tribunal dès qu'elle en a pris connaissance, ou "promptement", comme
9 mentionné dans l'article 27. Il est clair qu'une telle "renonciation" ne peut être
10 déclenchée que si la requérante savait que le tribunal, du fait de sa conduite, ne s'était
11 pas conformé à la règle et qu'elle avait ainsi une possibilité raisonnable de faire valoir
12 son objection. Si la partie qui objecte a pris connaissance, effectivement ou
13 implicitement, de la violation d'une règle seulement après que la sentence a été portée
14 à la connaissance des parties, elle ne peut pas être considérée comme ayant renoncé
15 à son droit d'objection ».

16 Il me semble que cette position très claire du premier Comité est très raisonnable pour
17 interpréter l'article 27, et qui est conforme avec l'interprétation générale, en droit, de la
18 renonciation en droit.

19 Vous prenez par exemple l'ouvrage classique de Cheng sur la jurisprudence des
20 tribunaux internationaux. Il dit de manière très claire, il évoque les vices de la formation
21 de la volonté, c'est-à-dire :

22 « *Admissions may be vitiated by duress, excusable error, fraud or undue influence* ».

23 Et il cite en bas de page des références de cours internationales qui se sont
24 appliquées à discuter ce point-là.

25 Également une référence rapide, ou plus tard peut-être je le ferai, non, je le fais
26 maintenant, à la question que vous avez posée sur l'autorité du Secrétariat dans la
27 discussion que nous avons eue concernant la nomination de M. Mourre.

28 Alors, là-dessus, je crois que la conclusion est très claire. Vous avez remarqué avec
29 quelle insistance nous avons donné les fondements, dans la Convention et dans
30 le Règlement, pour lesquels la décision prise par le premier Tribunal de sanctionner
31 l'État du Chili pour le « coup de force » qu'il a donné en renversant le Tribunal initial -
32 c'est dans ces termes que nous nous sommes adressés au président, M. Wolfowitz,
33 qui était, à l'époque, le président du Conseil administratif du CIRDI.

34 Et-nous avons dit : cette décision est une décision qui fait partie de la Sentence initiale,
35 le Chili a demandé à annuler cette partie de la Sentence initiale et le premier
36 Comité *ad hoc* a confirmé la sanction.

37 Et, là-dessus, les travaux préparatoires de la Convention sont également très clairs.

38 Je cite, Alexandra va parler là-dessus, mais, d'une manière rapide, la phrase que je
39 retiens des « *travaux préparatoires* » telle qu'elle est résumée par M. Broches, est :
40 « *The Convention's travaux are replete with references to the idea that neither*
41 *the Secretary General nor the President (of the World Bank) would have any influence*
42 *on the substance of proceedings before the Centre.* »³

43 C'est très clair. Je crois que Madame la Secrétaire Générale du CIRDI a appliqué cette
44 norme, cette approche, lorsque, après les échanges que nous avons eus avec une
45 dame qui était une conseillère juridique du CIRDI, dans une de ces lettres, lorsqu'elle a
46 pris la parole, elle a dit :

³ History of the ICSID Convention (n 30) vol II-1, 108. Mr. Broches , page 108

1 « Nous comprenons qu'il y ait une différence d'approche entre ce que vous dites et ce
2 qui vient d'être communiqué par notre conseillère, mais vous avez tout loisir de porter
3 cette question à la connaissance du Tribunal de re-soumission une fois qu'il aura été
4 nommé. »

5 Donc elle a reconnu que c'était de la compétence du Tribunal de se prononcer sur
6 cette question de procédure. Et nous l'avons fait dès que le Tribunal a été constitué.
7 Même avant la conférence initiale, nous avons écrit, d'abord, à M. Mourre -toujours à
8 travers la Secrétaire Générale, nous ne nous sommes jamais adressé directement, ni à
9 M. Mourre ni aux autres deux arbitres. L'autre Partie dit que nous avons fait une
10 communication *ex parte*. Mais non.

11 Si on s'adresse à travers Mme la Secrétaire générale, il n'y a pas de communication
12 *ex parte*. La communication *ex parte* a eu lieu en 2005 lorsqu'une haute délégation
13 du Chili, présidée par le ministre de l'Économie, envoyé personnel du chef de l'État
14 chilien, accompagné de l'ambassadeur auprès de la Maison Blanche et d'autres
15 membres, a demandé au secrétaire général du CIRDI, ont manifesté, que l'État
16 du Chili n'acceptait pas que la décision qu'était en train de prendre le Tribunal soit
17 finalisée et que l'on nous donne raison. En 2005. Ils ont alors demandé le changement
18 du Tribunal. Nous avons appris... C'était en septembre 2005.

19 C'est grâce à l'intervention de celui qui était un arbitre à ce moment-là, M. Bedjaoui, qui
20 avait été président de la Cour internationale de justice, qui a écrit au secrétaire général
21 et a dit : « *Le Tribunal arbitral et l'autre Partie ont le droit de connaître ce qui a été dit*
22 *pendant cette réunion ex parte.* » C'était au mois de novembre. C'est grâce à cette
23 question que, au mois de décembre, le secrétaire général de l'époque, M. Dañino, a
24 communiqué que l'État du Chili, dans la réunion de septembre, a reconnu qu'il avait eu
25 connaissance du contenu de la décision qui avait été proposée par le président Lalive
26 au Tribunal arbitral.

27 Et nous pensons que cette intervention de l'ancien président de la Cour demandant
28 des informations lui a coûté son maintien dans le Tribunal, sa récusation a été
29 acceptée. C'est une hypothèse, parce qu'il n'y a pas eu de motivation de la décision.
30 L'autre Partie a fait une autre hypothèse. Mais nous racontons que c'est grâce à cette
31 intervention que nous pouvons dire ce qui a été indiqué, ce qui s'est dit dans la
32 réunion.

33 Donc, là, c'était une réunion *ex parte*. Et...

34

35 **M. le Président.**- Dr. Garces, you do not expect this Committee to have any opinion, to
36 voice any opinion, about what happened...

37

38 **Dr Garcés.**- Absolument.

39

40 **M. le Président :** OK

41

42 **Dr Garcés.**- Je me référais à l'idée que nous nous sommes adressés *ex parte* à
43 M. Mourre lorsque nous lui avons indiqué que... Nous avons fait référence à une étude
44 du Pr Pierre Mayer en disant que lorsque, à un membre d'un tribunal on lui dit que si
45 sa nomination a eu lieu d'une manière irrégulière il a l'obligation de considérer sa
46 juridiction et que, s'il ne le fait pas, il peut se produire une situation de déni de justice
47 qui pourrait entraîner l'annulation de la Sentence. Nous l'avons rappelé en
48 décembre 2013.

1 Et il a refusé de répondre. Ou, plutôt, il a dit : « *Ma nomination a été acceptée par le*
2 *Secrétariat. Je n'ai rien d'autre à ajouter.* »

3 C'est une explication que l'on ne peut pas tolérer parce que, justement, le Secrétariat
4 n'a pas autorité pour nommer ou dire si une nomination a été correcte ou pas. C'était à
5 lui, l'arbitre, ou au Tribunal – parce que l'on a posé la question, ensuite, au Tribunal –
6 de se prononcer. Mais ce point sera évoqué tout à l'heure par Me Alexandra Muñoz.

7 J'interromps là mon intervention et je reviendrai sur d'autres points que je n'ai pas pu
8 évoquer. Merci de votre attention.

9

10 **M. le Président** .- We are discussing the schedule because we have to take care
11 of the court reporters and the translators, and they cannot go over two hours in a row,
12 and--but we still would have 15 minutes before we have a break, because we started
13 a little bit late.

14 Are you willing to go on for 15 minutes, and can you make a point, or--is that
15 okay? Would that be fine with you or would you prefer a break now, which would
16 bring us to the completion of the two hours later?
17

18 **Dr Garces**.- Nous allons profiter de ces 15 minutes.

19

20 **M. le Président** .- Vous allez profiter des 15 minutes ?

21 **Dr Garces**.- Maintenant, oui. Merci.

22 **M. le Président**.- Merci beaucoup.

23

24 **M. le Pr Lloyd Howse**.- So, Mr. President, Members of the Tribunal, I want to
25 address, obviously, briefly the grounds of manifest excess of powers. And I think
26 we're going to be very careful not to repeat simply what's in the Submissions that
27 you're very familiar with and, on the other hand, be conscious of Chile's anxiety not to
28 introduce new claims either.
29

30 So, on manifest excess of powers, I think our written pleadings are clear on
31 what we view the legal standard to be, that it includes failure to exercise a power that
32 the Tribunal has, as well as exercising--or purporting to exercise powers that it
33 doesn't. And it also includes failure to apply the applicable law.
34

35 So, I'm going to start out with what I consider to be--what we consider to be a
36 manifest jurisdictional limit, a limit of competence, which is to be found in the Rules,
37 in the ICSID Arbitration Rules, which apply to annulment and the resubmission of a
38 dispute after annulment, and the notion, in particular, that a Resubmission Tribunal
39 shall not reconsider any portion of an Award that is not annulled.
40

41 And it's our view that that is a fundamental jurisdictional limit, and that's to be
42 found--if you look at Article 52--sorry, just give me a second.
43

44 That's to be found, I believe, in Article 55(3) of the Rules: "If the initial sentence
45 is only annulled in part, the new Tribunal will not proceed to a reexamination of any
46 nonannulled part of the sentence."
47

48 And, in our view, that is a manifest limit, manifest both in the sense that it's
49 obvious, and also in the sense that it's fundamental to achieving the goal of finality,
50 which is an important goal or consideration in the ICSID system.

1 And so, it is our submission that the Resubmission Tribunal did, in fact, exceed
2 its powers in reconsidering a part of the Award that was not annulled.

3
4 And I would draw your attention, first of all, to the dispositif of the Original
5 Award. And if you look at, Paragraphs 2 and 3 of the dispositif, Paragraph 2 is the
6 finding of an internationally wrongful act.

7
8 Now, Paragraph 3 is the finding that the Claimants have a right to
9 compensation that flows from, in fact, that internationally wrongful act and the harm
10 that it did. And it's our submission to the Committee that the Resubmission Tribunal
11 opened up the question of Paragraph 3--or Number 3 of the dispositif and the
12 reasons behind it.

13
14 So, if I may, I'd like now to refer to the Resubmission Award at Paragraph 217.
15 And, there, the Resubmission Tribunal says that the--the--in the sentence beginning,
16 "Since the first stage."

17
18 "Since the first Stage, the establishment of breach has already been
19 determined with finding of fact by the First Award. The Tribunal can begin with the
20 second, the ascertainment of the injury caused by the breach."

21
22 So, here, it would seem, clearly and manifestly, that the Resubmission Tribunal
23 had not really read or absorbed the dispositif, because what the Resubmission
24 Tribunal said was established by the First Award and not annulled, is only Paragraph
25 2 of the dispositif, which relates to the establishment of breach. Whereas, Paragraph
26 3 relates to the consequences that flow, in a general way, from the establishment of
27 breach.

28
29 And this goes to what was annulled by the First Annulment Committee, which
30 was the Paragraph 4 of the dispositif and only Paragraph 4, in a sense, which related
31 to the methodology and the calculations of the quantum of damages.

32
33 And I think that, to understand this properly, we have to look at, if I may,
34 Paragraph 680 of the Original Award, before the Original Tribunal went into the
35 question of the quantum, before it went into the considerations that ultimately led to
36 annulment.

37
38 The Original Tribunal said: "*The existence as such...*", "*L'existence même de*
39 *dommages resulting from the confiscation doesn't require any specific analysis. Its*
40 *existence results from the nature of the thing itself.*"

41
42 And I think that that suggests, clearly, that the Original Tribunal understood
43 that there are certain instances where you're not going to have any controversy or
44 dispute about either--that an injury has been caused or the nature of the injury.
45 Why? Because what did the Original Tribunal find? That what had been "paralyzed",
46 quote-unquote, by Chile, was the redress that the Claimant had been rightfully
47 seeking in respect of and under the laws of Chile, and under the legal rights
48 established thereunder, of what they had been deprived of, which was their business
49 and the property contained therein.

50
51 So, in this particular instance, the very nature of the internationally wrongful act
52 in question, the deprivation of redress or compensation, implies the injury, and,
53 therefore, the notion that, in this particular instance, the Tribunal did not need to go
54 into that, really, it came from "*à l'evidence, de la nature des choses*".
55

1 And this reasoning in the Award is clearly not--has not been annulled because it
2 has nothing to do with Dispositive 4, which has to do with the calculation of damages
3 and the methods that the Tribunal used in order to achieve those calculations, it only
4 has to do with the fact that injury has been established and attributable to the
5 internationally wrongful act. Because, otherwise, applying international law, which
6 the Tribunal was, of course, obliged to apply as among the applicable law in the
7 Treaty and the BIT, the Tribunal could not have come to a conclusion that there is a
8 right to compensation unless it established, to its satisfaction, that an injury had
9 occurred and the injury was attributable to an internationally wrongful act, a breach,
10 in this case, of the Treaty.

11
12 So, in sum, very clearly, in ignoring and, in fact, essentially opening up the
13 issues of injury and causation and ignoring Paragraph 2 of the dispositif and,
14 essentially, as it were, holding out that only Paragraph 1 of the dispositif had been
15 decided by the Original Tribunal, only breach, and that everything else was up to the
16 Resubmission Tribunal, the Resubmission Tribunal manifestly exceeded its authority
17 in that it reconsidered and, in fact, essentially reviewed de novo a matter that had
18 been settled in an unannulled part of the Award, which is Paragraph 2 of the dispositif
19 and the reasons on which that is based, of the Original Award.

20
21 How many minutes do we have left?
22

23 **M. le Président.**-We have five more minutes about the break, but Mr. Angelet would
24 like to address you.

25

26 **M. le Pr Lloyd Howse.**- Certainly. Professor.

27

28 **M. le Pr Angelet.**- Thank you.

29 One point which you did not specifically mention is that Paragraph 680 refers
30 to--and I translate from French--the existence of damages resulting from the
31 confiscation. Whereas, Paragraph 2 of the First Award finds a breach of fair and
32 equitable treatment, and so, do we have a problem there?

33

34 I mean, I can see that Paragraph 680 says that there is no need to prove the
35 existence of damage, then damage resulting from what? From confiscation.

36

37 **M. le Pr Lloyd Howse.**- Correct.

38

39 **M. le Pr Angelet.**- Do you see my point?

40

41 **M. le Pr Lloyd Howse.**- Yes, I see your point.

42

43 **M. le Pr Angelet.**- And before you answer--

44

45 **M. le Pr Lloyd Howse.**- And I think--I see exactly your point.

46 (Comments off microphone.)

47

48 **M. le Pr Angelet.**- --so after the annulment--Paragraph 680 is in the annulled part of
49 the initially Award.

50

51 **M. le Président.**- We are all conscious of the fact that paragraph 680 is in the annulled
52 part of the Award

1 **M. le Pr Lloyd Howse.-** Well, our understanding is that it's in the section of the
2 Award that contains the annulled paragraphs.

3

4 But if one actually looks at what was annulled, the dispositif of the First
5 Annulment Committee, what it refers to is "*those paragraphs in this section that*
6 *correspond*" to the part of the dispositif that is annulled.

7

8 So, in other words, what the first annulment Committee is saying is that--is that
9 all of these--that all of the paragraphs that are to be annulled are ones in this section,
10 because it's in this section that one will find all the paragraphs that correspond to the
11 dispositif on the quantum of damages.

12

13 Now, that--I don't--our view is that that doesn't include in 680, because that only
14 goes to the existence and the nature of the damages, not to the reasons and the
15 method that were used to quantify, when the Tribunal gets to quantum, a few
16 paragraphs later.

17

18 So, it's true that everything that is annulled is in this section of the Award, but
19 it's not true that every paragraph in the section was intended to be annulled, only
20 those corresponding to the dispositif concerning quantum. That is our submission.

21

22 **M. le Président.-** But that is an important, or perhaps it is important, perhaps not, I
23 don't know. But would you also say that some part or some paragraphs of the other
24 chapters of the initial Award which refer to the--to the--Number 3 of the dispositif
25 would also be annulled?

26

27 **M. le Pr Lloyd Howse.-** No. And I think the reference to this particular section, Mr.
28 President, was perhaps intended by the first Committee to say that, okay, there are
29 perhaps many references to issues about damages elsewhere, but we want to
30 confine the annulled portion of the Award to the paragraphs within that section.

31

32 **M. le Président.-** Where they say Chapter 8. They simply say Chapter 8 is
33 annulled.

34

35 **M. le Pr Lloyd Howse.-** Can we--

36

37 **M. le Président.-** This is for dispositif Number 4 of the Annulment Decision.

38

39 **M. le Pr Lloyd Howse.-** If I could just--what I read here is, "*décide d'annuler le*
40 *paragraphe 4 du dispositif de la Sentence du 8 mai 2008 et les paragraphes correspondants*
41 *dans le corps de la Sentence relatifs aux dommages-intérêts (Section VIII) conformément à...*"
42 etc.

43

44 So, as we read this, is that what the Committee is saying is that all of the
45 paragraphs that relate to the dispositif concerning quantum are annulled and that all
46 those paragraphs are to be found within Section 8.

47

48 We don't understand them, by this language, to be saying that Section 8 is
49 simply annulled, but you will find those paragraphs that correspond to the dispositif
50 with respect to quantum, that has been annulled, also within that section.

51

52 **M. le Président.-** Let us, then--this can be clarified easily, I suppose, because if you
53 go to the French or the English text of the decision of the Annulment Committee, it
54 says--now, I read the English text, but I think it's a very truthful translation of the

1 French, which I also hear, "*The Committee ...finds that paragraphs 1 to 3 and 5 to 8*
2 *of the dispositif as well as the body of the Award but for Section VIII are res judicata.*"

3
4 So it is to my--and in French, it says, « *ainsi que le corps de la Sentence, à*
5 *exception de la section VIII, ont autorité de chose jugée.* » (In French).

6
7 It does not talk about paragraphs. It talks about Section 8 in total.

8
9 **M. le Pr Lloyd Howse.-** Right. Well, Mr. President, I simply would say that the
10 language that I just cited--it's clear that the first Committee did not want anything--to
11 make it clear, that it had not annulled anything outside Section 8.

12
13 We're merely questioning whether everything inside Section 8 was necessarily
14 annulled or only those paragraphs that were connected to the reasoning of the
15 Tribunal concerning quantum. But I--it's obviously an interpretive issue that may or
16 may not be necessary for the Tribunal to decide.

17
18 **M. le Président.-** Have you answered--

19
20 **M. le Pr Lloyd Howse.-** No. If I have the time, I would like to.

21
22 **M. le Pr Angelet.-** I'm also happy to revert to it at a later stage.

23
24 **M. le Pr Lloyd Howse.-** I would be happy to respond now quickly and without
25 prejudice to whether Dr. Garcès or others might want to revert to it later.

26
27 **M. le Président.-** Can you carry on for a couple of minutes more? It is a couple of
28 minutes PR. Howse, right? Would you be able to go for one more minute? Thank
29 you very much.

30
31 **M. le Pr Lloyd Howse.-** Yeah. So, with respect to the reference to confiscation in
32 Paragraph 680, I think it's unquestionably the case that the Claimants could not have
33 been injured by the denial of justice if there had not been a confiscation in the first
34 place. Because if there had not been a confiscation in the first place, the whole
35 premise of the redress, which they were seeking from Chile, would not be a correct
36 premise. If it were simply a mistake or if they lost nothing or suffered nothing as a
37 consequence of confiscation, then it would be hard to imagine how they could have
38 pursued a legal right that would then be frustrated through a denial of justice.

39
40 And I think that one has to understand this paragraph, because it goes on to
41 say:

42
43 "*d'une part, et de sa reconnaissance par la défenderesse d'autre part, et cela du seul*
44 *fait des décisions prises en faveur de ...*" these various persons that were seeing
45 compensation...

46
47 (Overlapping interpretation and speaker.)

48
49 **M. le Pr Lloyd Howse.-** Now when it says "*et de sa reconnaissance par la*
50 *défenderesse* », what I think is saying is that Chile itself had accepted that there was
51 a right to redress by virtue of the laws of harm that was caused by the initial
52 confiscation. And so it almost is evident that if that--if the right to redress is founded
53 on that loss or harm, the injury is, in some sense, the nature of the injury, it doesn't
54 go to the difficult questions of quantum. The nature of the injury is the loss of

1 opportunity for redress with respect to the harm or damage caused by the initial
2 confiscation.

3

4 (Overlapping interpretation and speaker.)

5

6 **Dr Garcés.**- Je voudrais tout simplement terminer en disant que la question que vous
7 avez posée, Monsieur le Président, dans une certaine mesure a été répondue par le
8 second Tribunal lorsque, dans la décision relative à la correction d'erreurs matérielles –
9 paragraphe 55 – il précise, je cite :

10

11 « Le Tribunal observe que la question de savoir si la Décision sur l'annulation a eu
12 pour effet d'annuler l'ensemble du contenu de la section VIII de la Sentence Initiale ou
13 seulement les paragraphes 'relatifs aux dommages-intérêts' est sujette à débat. »

14

15 C'est-à-dire, pour le second Tribunal, cette question n'a pas une réponse dans le sens
16 qu'on ne peut pas en débattre. C'est très clair. C'est le paragraphe 55 de la Décision
17 sur la correction des erreurs matérielles.

18

19 **M. le Président .-** Thank you very much for this first part. We will--let's do it later,
20 and let's go for a coffee break now for 15 minutes, and we get back here at 10 to
21 12:00. Thank you very much

22

23 (Suspendue à 11 heures 37, l'audience est reprise à 12 heures.)

24 **M. le Président :** We realize from the Committee side that there is a new person on
25 your team. Would you present yourself or--which I haven't a--whom we haven't seen
26 you yet.

27

28 **Mme Teitel.**- Ruti Teitel. I'm here as a family member. Yeah.

29

30 **M. le Président.**- You're on the list, yes, on the--

31

32 **Mme Teitel.**- Yeah.

33 **M. le Président.**- --of participants. Perfect. Thank you very much.

34 **Dr Garcés.**- Elle n'était pas là en début de séance, je ne m'en étais pas rendu compte.

35 **M. le Président.**- Go ahead!

36 **Dr Garcés.**-Donc, en poursuivant le sujet que l'on était en train d'évoquer,
37 Mme Alexandra Muñoz va prendre brièvement la parole, et ensuite, poursuivra le
38 Pr Howse.

39 **Me Muñoz.**- Excusez-moi, Monsieur le Président, je vais d'abord laisser la parole à
40 Me Cadman qui a distribué des documents, juste pour expliquer ce que c'est, et je
41 répondrai ensuite, je reprendrai la parole.

42 **Me Cadman.**- Thank you, Mr. President, and Members of the Committee. It was just
43 to explain what has been handed around. I will be dealing with just the question of
44 independence and impartiality with a particular reference to members of Essex Court
45 Chambers and English Barristers.

1 Due to the fact that we are running short of time, I've handed around my
2 speaking notes, the points that I would be going through. But it may take some time
3 to go through them all. So, I will be summarizing the key points. But, of course, you
4 may have questions arising from that document.
5

6 **M. le Président.-** The first question I have, you have a speaking note of 11
7 March 2011. Is that--
8

9 **Me Cadman.-** That's a typo. That's a typo. I can correct that. I do apologize for
10 that.
11

12 **M. le Président.-** Thank you.
13

14 **Me Muñoz.-** Monsieur le Président, Madame et Monsieur les membres du Comité,
15 juste un mot, peut-être, pour rebondir sur le paragraphe 680 et la question qui était
16 formulée de la Sentence initiale.
17

18 Je ne vais pas reparler de la question de savoir s'il est ou non annulé, là n'est pas mon
19 sujet, mais un point qui me paraît important et que je développerai plus en détail – je
20 ne sais pas quand, peut-être ce matin ou cet après-midi, sur la question de la preuve –
21 c'est qu'il faut distinguer deux choses.
22

23 Le dommage résultant de la confiscation, il existe. La confiscation existe. La seule
24 chose qu'a dit le Tribunal initial dans sa Sentence de 2008, c'est que cette
25 confiscation, ou cette expropriation, ça se ressemble beaucoup, ne constitue pas une
26 violation du traité de protection bilatérale. Ça ne signifie pas que les faits de
27 confiscation sont totalement étrangers au dossier qui nous occupe et au dossier qui
28 devait occuper le Tribunal de resoumission.
29

30 Cette confiscation reste un acte illicite en droit chilien, comme l'a expliqué Me Garces
31 ce matin – et j'y reviendrai – mais légalement, en droit international, encore une fois, la
32 seule chose que dit le Tribunal initial, c'est que ça ne peut constituer une violation du
33 traité de protection des investissements. Et ça me paraît important pour comprendre le
34 raisonnement du Tribunal, notamment sur la partie du préjudice et du... pardon, du
35 dommage et du *quantum*. Mais j'y reviendrai cet après-midi pour expliquer que le
36 nouveau Tribunal de resoumission n'a pas tenu compte de cet élément -là.
37

38 Je passe maintenant la parole au Pr Howse.
39

40 **M. le Pr Lloyd Howse.-** Mr. President, I'd like to continue concerning the grounds of
41 manifest excessive powers and, in particular, return to the Tribunal's exceeding the
42 powers that it had by not accepting or respecting Paragraph 2 of the dispositif of the
43 Original Award as unannulled and, therefore, res judicata.
44

45 And I'd like to focus now for a minute on one component of that, which also
46 relates to the, I think, the failure to state reasons, but I'll talk about that a little later,
47 which is the interpretation or, I think you'll understand this in a minute, perhaps better
48 said noninterpretation by the Resubmission Tribunal, and here we're referring to

1 Paragraph 201 of the Resubmission Award, of what the Original Tribunal meant by
2 "right to compensation."
3

4 And so, the right to compensation in the dispositif follows, logically, from the
5 previous and first Paragraph of the dispositif, which is the finding of an internationally
6 wrongful act.
7

8 So, logically, the Paragraph 2 of the dispositif, un-annulled, would have to do
9 with the consequences in international law, the law of State Responsibility, that would
10 flow from a finding of an internationally wrongful act, in this case, a violation of fair
11 and equitable treatment, denial of justice under the BIT.
12

13 So, what did the Resubmission Tribunal state? It essentially stated in
14 Paragraph 201 that it didn't know what the Original Tribunal meant by compensation,
15 that there is a range of meanings, as the Resubmission Tribunal would indicate,
16 based upon dictionaries, which ordinary people might use to denote the--denote
17 various kinds of quid pro quo by compensation.
18

19 And the Resubmission Tribunal speculated that any range of these ordinary
20 meanings might be what the Original Tribunal meant by a right to compensation.
21

22 And it's our submission that the Tribunal here exceeded its powers, because
23 the Tribunal was under a duty to ascertain the limits of its own jurisdiction.
24

25 It was not a matter of saying that it was uncertain what a right to compensation
26 meant in the First Award, because the right to compensation is an un-annulled part of
27 the Award, and, therefore, is a hard limit on the jurisdiction of the Tribunal.
28

29 The Tribunal had to be able to ascertain this jurisdiction, and, therefore, it
30 couldn't simply throw up its hands and say, well, we know in English or French or
31 Spanish, there's a variety of meanings to compensation. If I walk your dog tomorrow
32 you'll compensate me by baby-sitting for me next week. Fine.
33

34 But what does that have to do with secondary obligations under international
35 law? What a right to compensation would mean in terms of flowing from an
36 internationally wrongful act?
37

38 And so, we submit that the Tribunal was under an obligation to ascertain what
39 the right to compensation meant in the un-annulled Dispositif 2 of the Original Award.
40

41 An obligation to ascertain it and an obligation to apply the international law of
42 State responsibility in ascertaining that meaning, not to speculate that the Original
43 Tribunal could have had any number of meanings in mind, but what meaning it had in
44 mind when it declared, in an un-annulled and, therefore, Final Dispositif, that there
45 was a right to compensation.
46

47 So, I'd like also to briefly discuss another respect in which the original—sorry,
48 the Resubmission Tribunal in our submission exceeded its powers.
49

50 And that goes to the failure to exercise the powers that it did have. The very
51 premise of the Resubmission of the dispute was to solve that part of the dispute that
52 had not--that now remained unsolved by virtue of the annulment of the dispositif and
53 the corresponding reasons with respect to quantum.
54

55 So--and those reasons included what the First Annulment Committee had said

1 were contradictory elements in terms of the legal theory of damages to be applied in
2 determining a specific method or path to quantification.

3
4 So, what the Resubmission Tribunal failed to do, failed to exercise this precise
5 power. It simply asserted that, not only were damages un-proven, but injury and
6 causation--and I've already addressed that in the sense that that was res judicata and
7 un-annulled, so that wasn't appropriate to even enter into that question.

8
9 But, apart from that, the Resubmission Tribunal never exercised the power that
10 it had to determine an appropriate legal benchmark against which to assess the
11 Parties' arguments--opposing arguments about damages, the appropriate form of
12 damages -- the appropriate amount of damages, the appropriate legal form under
13 which to think about damages— that's what I mean by form--and the various other
14 issues of quantum. It didn't exercise its powers to do that.

15
16 And, if you look at Paragraph 244, what the Tribunal says is, quote-unquote,
17 "the Tribunal could not have devised a theory of damages of its own, separate from
18 the arguments of the Parties."

19
20 But this begs the question about what the Tribunal needed to do to exercise the
21 powers that it did have and solve the dispute that was, in fact, being put before it in
22 the wake of what was annulled in the Original Award.

23
24 The Tribunal didn't need, of course, to make a theory of damages of its own, but it
25 needed to give a view of the appropriate nature of damages for fair and equitable
26 treatment and denial of justice based upon the principles of State responsibility and
27 international law in engaging with the arguments of the Parties.

28
29 The Tribunal here in Paragraph 244 almost suggests that the Parties made no
30 coherent or--or meaningful submissions on what damages mean.

31
32 But, of course, there were hundreds of pages on those issues, and even much
33 discussion, if one looks at the Transcript.

34
35 So, that the Tribunal never exercised the power given to it to establish a view of
36 damages which would have necessarily involved saying: Okay. These legal theories
37 are ripe, these legal theories are not, on the part of the Claimants; but this is the
38 standard.

39
40 Based in international law, they didn't apply international law to say, at all, what
41 they thought the appropriate approach would be to ascertaining the meaning of a
42 right to compensation in terms of damages for a breach of fair and equitable
43 treatment and denial of justice.

44
45 That's not a self-evident issue, but they simply go into kind of taking potshots at
46 very precise and limited elements of the pleadings on damages without giving any
47 legal benchmark against which to engage with the Parties' arguments in opposition
48 about the proper legal form under which to conceptualize damages for denial of
49 justice, fair and equitable treatment, as well as the corresponding methodologies for
50 determining the actual quantum.

51
52 So, it's, therefore our submission that, here, the Tribunal, in, sum, simply failed
53 to exercise the powers given to it.

54
55 It could not possibly resolve the dispute that it was given the powers to resolve

1 without saying something about the legal benchmark for damages that flow from a
2 right to compensation which, in turn, flows from a specific set of internationally
3 wrongful acts that have been characterized as violations of fair and equitable
4 treatment, denial of justice under the Chile-Spain BIT.

5
6 Thank you.

7
8 And, if I may--I don't know how we're doing with time--I also want, briefly--and,
9 here, I'm going to follow very closely the skeleton to address the failure to state the
10 reasons on which the Award is based, so, if I may proceed on that now.

11
12 So, the legal standard I think is fairly clear from the written pleadings what we
13 consider that to be.

14
15 It is necessary for the reasoning of the Tribunal to be followed step-by-step to
16 its conclusions; otherwise, there is a failure to state reasons that is annulable.
17 Contradictory or obscure reasons also amount to a failure to state reasons upon
18 which an Award is based.

19
20 So, again, relating to the prior submissions concerning--particularly Paragraph
21 201 but also 200-- the Awards fails to state the reasons for the conclusion in finding
22 that a right to compensation in the *dispositif* could include nonmonetary forms of
23 compensation.

24
25 Merely referring to the fact that dictionaries witness that people, in general, can
26 use terms like compensation with a broad range of meanings is not a reason for
27 declaring that a right to compensation that flows as a matter of secondary obligations
28 in international law could contemplate nonmonetary relief.

29
30 I mean, if there were an argument to that effect, one would have to address it,
31 but there's simply no legal step-by-step argument based upon, for example, the ILC
32 Articles of State Responsibility.

33
34 Further, the Award at 201 asserts that--that there's "*no sign* - quote-unquote -
35 that the Original Tribunal in defining a legal right to compensation, "*droit à*
36 *compensation*", was using its terms in accordance with the international law of State
37 Responsibility.

38
39 And here, again, given that the Tribunal was--the Original Tribunal -- was
40 setting out in this *dispositif* the consequences that would flow from an internationally
41 wrongful act, the Resubmission Tribunal would need to give some reason for its view
42 that the Original Tribunal was not, in fact, in referring to compensation, doing so in a
43 way that was rigorous under the international law of State Responsibility, but in a
44 much looser sense in which ordinary people on the street might talk about the idea of
45 compensation.

46
47 And, indeed, if anything, the conclusion in 201 that the Original Tribunal was
48 using compensation other than as a form of international legal art is in contradiction
49 with the Resubmission Tribunal's own statement in Paragraph 203 that, absent *lex*
50 *specialis*, the nature and form of compensation are to be determined through the
51 applicable rules of international law.

52
53 So, they violated their own *dictum* in trying to understand the range of
54 meanings intended or possibly intended by the Original Tribunal, because they didn't
55 even decide what meaning the Original Tribunal gave to "*Droit à compensation*", not

1 by this--not by the applicable rules of international law, but by the range of meanings
2 in ordinary dictionaries.

3
4 Third, the Award fails to state the reasons on which the conclusion of the
5 Resubmission Tribunal in 230 is based, but "*the First Tribunal made no finding as to*
6 *what injury was caused to the Claimants*". And I think I've already addressed this in
7 my submissions concerning excessive powers, but, in addition, at Paragraph 218, the
8 Resubmission Tribunal stated not that the Original Tribunal had made no finding on
9 causation but that the Resubmissions Tribunal's review of these findings ---they
10 constituted, quote-unquote, "*incomplete indications*."

11
12 Thus, what the Resubmission Tribunal was attacking here was not, as it said in
13 the other paragraph, it was not saying that there was no finding, but that it didn't like
14 the findings, that there were "incomplete indications".

15
16 And, here, if there are "*incomplete indications*", the role of an ICSID Tribunal is,
17 nevertheless, to tell us what the--what is the legal meaning in question.

18
19 And that, again, goes to Article 42, which requires that--42(2), that "*the Tribunal*
20 *may not bring in a finding of non liquet on the ground of silence or obscurity of the*
21 *law*."

22
23 So, when they throw up their hands here and say that, okay, the indications are
24 inadequate, that's not a reason for coming to the conclusion that there's no finding at
25 all with respect to injury and causation in the Award. In this respect, there's a
26 fundamental lack of reasons upon which the Award is based.

27
28 The conclusion at Paragraph 244, that the Claimants did not set themselves the
29 specific task of showing injury and damage, this is also not based on stated reasons.

30
31 It is not possible from what the Resubmission Tribunal said to understand,
32 step-by-step, its view of the deficiencies of the Claimant's submissions on these
33 matters and why it finds the Respondent's submissions more persuasive.

34
35 To arrive at a reasoned conclusion about whether damage was proven, the
36 Resubmission Tribunal would have needed to start out with a legal standard for
37 damages, and that goes to some of my previous submissions that no legal standard
38 was ever articulated, no benchmark, no approach to analyzing the problem of how to
39 think about damages when the breach in question is a breach of fair and equitable
40 treatment or denial of justice.

41
42 In the same paragraph, the Resubmission Tribunal states explicitly, again, that
43 it does not have a theory of damages of its own.

44
45 Finally, the Resubmission Tribunal dismissed or disregarded the Claimant's
46 submissions on damages, and here, I look at Paragraph 244, I'm referring to 244 of
47 the Resubmission Award, not because they failed to speak to the internationally law
48 standard applicable--and, again, not as articulated by the Tribunal, we go back to the
49 fact that they don't give us a benchmark for thinking about damages in the case of
50 denial of justice or the violation of fair and equitable treatment more generally-- but
51 they, in 244, they say we're basically just acting out of a suspicion that the Claimants
52 are trying to introduce "by the back door", quote-unquote, an expropriation claim that
53 had already been adjudicated and rejected with finality. A groundless suspicion is
54 not a reason on which an Award can be based.

55 Thank you.

1 **Dr Garcés.**- ...brièvement terminer la référence à la non application absolue du droit
2 interne, je le dis en référence au préjudice moral, qui a complètement été écarté dans
3 la Sentence de resoumission. Alors que les Demanderesses ont expliqué qu'en droit
4 chilien c'est un fait attesté que le dommage moral a été reconnu aux investisseurs
5 chiliens dont les propriétés ont été saisies ou confisquées en application du décret-loi
6 77 et de son décret réglementaire, y compris dans les entreprises de presse qui ont été
7 concernées par ces confiscations.

8

9 Nous avons cité plusieurs arrêts de jurisprudence de la Cour suprême du Chili,
10 particulièrement l'arrêt du 21 juin 2000⁴ que je me permets de lire textuellement parce
11 qu'il répond clairement à l'obligation en droit chilien d'accorder des dommages moraux
12 sans besoin de justifier le montant ni la production ni la cause ni, enfin, la demande de
13 dommage moral, dans le sens que la Cour suprême explique exactement comme
14 cela :

15

16 « Que l'on doit faire observer que si effectivement l'arrêt attaqué a bien déterminé le
17 droit de la requérante à être indemnisée des préjudices qui lui auraient été causés par
18 les actes administratifs dont la nullité de droit public a été constatée" - c'est-à-dire pas
19 déclarée mais constatée, c'est le point que nous avons toujours affirmés - "il n'a pas
20 ordonné le paiement de tous ceux-ci » - c'est-à-dire les personnes qui les personnes
21 qui ont subi ces actes administratifs - « puisque, sans raison aucune, il a exclu les
22 préjudices correspondant au *lucrum cessans* et au *dommage moral*. »

23

24 Voilà le point, le dommage moral.

25

26 « Que de la sorte l'arrêt attaqué, dans cette partie, a enfreint la norme de l'article 1556
27 du Code civil, qui établit que : "l'indemnisation des préjudices comprend le *damnum*
28 *emergens* et le *lucrum cessans*" car si c'est un fait non contesté que des biens de
29 l'ayant cause de la requérante [sont passés] en pleine propriété à l'État durant les
30 années 1974 et 1975, il paraît évident que, en plus du préjudice [consistant] à avoir fait
31 sortir tel ou tel de ses biens dudit patrimoine, le fait que la personne à qui cela
32 incombait n'ait pu en jouir ni en disposer, pour en avoir été empêchée par l'État, a
33 également causé un dommage, lequel doit aussi être indemnisé en accord avec
34 l'article cité du Code civil. De la même manière, la sentence attaquée enfreint
35 également cette disposition, pour n'avoir pas fait droit au dommage moral, car cela
36 contrevient à la spécification que l'indemnisation doit être complète. »

37

38 La Sentence de resoumission, au paragraphe 243, a également refusé d'appliquer
39 qu'en droit chilien le dommage moral a une nature objective.

40

41 La Sentence a demandé aux Demanderesses, a exigé d'elles une preuve dont elles
42 sont exemptée en droit Chilien. Elle leur a refusé de rechercher plus avant si des
43 dommages-intérêts peuvent en fait être octroyés au titre d'un préjudice moral à des
44 sociétés ou entités de nature similaire par opposition à des personnes physiques, alors
45 que la preuve a été apportée dans le Mémoire et la réplique en resoumission que les

⁴ Pièce C314, Mémoire en réplique du 09-01-2015, procédure de resoumission, §485, et Arrêt de la Cour Suprême du Chili du 21 juin 2006, rôle n° 2689-94, pièce CRM62 de la resoumission

1 cours de justice chilienne ont reconnu, en cas de confiscation d'entreprises de presse
2 par des décrets édictés en vertu desdits décrets 77 et 1.726 de 1973, le droit à
3 indemnisation du dommage moral des actionnaires, il est même admis que les
4 personnes morales peuvent également subir un dommage.

5

6 Également dans cette dimension, la Sentence de resoumission s'est refusée à
7 appliquer le droit chilien.

8

9 **M. le Pr Angelet.**- Merci, Maître Garcés. Et ma question s'adresse aussi au Pr Howse
10 parce qu'en quelque sorte, elle porte sur le rapport entre ce que vous avez exposé et
11 ce que le Pr Howse avait exposé tout juste avant vous.

12 Vous faites valoir que le Tribunal de resoumission aurait dû appliquer le droit chilien à
13 la question du dommage moral. Cependant, après l'annulation, ce qu'il reste au
14 Tribunal de resoumission à apprécier, c'est la réparation d'une violation du droit
15 international, pas du droit chilien, mais du droit international, à savoir : la violation du
16 traitement juste et équitable constaté au paragraphe 2 du dispositif.

17 Et donc ma question pour vous Maître Garcés est de savoir : peut-on appliquer le droit
18 chilien à la réparation d'une violation du droit international et là, votre exposé rejoint...
19 enfin, entretient un rapport certain avec l'exposé de M. Howse qui lui vient de nous dire
20 que s'agissant de réparer une violation du droit international, le paragraphe 3 devait
21 nécessairement se référer au droit international. Et donc non pas au droit chilien. Et
22 donc, j'ai le sentiment qu'il y a peut-être une certaine tension entre vos exposés
23 respectifs.

24

25 **M. le Pr Lloyd Howse.**- No, if I may, Professor Angelet. There really is no tension
26 at all, and I think this goes back to the previous question from the Committee
27 concerning the use of the expression "confiscation" in the Paragraph, I believe, 680
28 of the Original Award.

29

30 We have to look, first of all, at what is the internationally wrongful act here,
31 which is characterized by the Original Tribunal, and its un-annulled, this
32 characterization is a violation of fair and equitable treatment and denial of justice.

33

34 What was--in essence-- what were the Claimants denied? What justice were
35 they denied? This is the question, and denied unfairly in a discriminatory manner.

36

37 Well, it was the justice pursued, in effect, against Chile, in the domestic legal
38 system. Basically, those claims were, according to the Original Tribunal, paralyzed
39 by the Chilean State.

40

41 If we ask, then--I mean, what we would be thinking about conceptually in terms
42 of reparation for this internationally wrongful act of paralyzing justice, we would be
43 thinking in terms of what would the justice have given to the Claimants.

44

45 And there we have no choice but to have recourse to Chilean law, because it
46 was on the basis of Chilean legal and political institutions that the Claimants were
47 attempting to have a recourse for reparations.

48

49 And so, whatever they would have gotten had their claims not been paralyzed
50 in a manner that the Tribunal had determined was a denial of justice and a violation
51 of fair and equitable treatment would be at least a beginning point for thinking about
52 the problem of monetary compensation.

1
2 So, I don't know how one could avoid a benchmark of Chilean law, because, in
3 effect, the internationally wrongful act was the paralyzation of the efforts of the
4 Claimants to obtain justice in Chile, within the Chilean judicial, political, administrative
5 system.
6

7 **M. le Pr Angelet.**- Thank you very much.

8
9 **Mme le Pr Zhang.**- Thank you. I would say that we all agree that the Annulment
10 Procedures and ICSID is not an appeal procedure. Annulment only for the very
11 serious errors. Legal errors, manifest legal errors, or the procedure exceeding. But
12 the serious, manifestly, very important, the Decree.

13 And I agree with Professor Howse. You mentioned that the Article 52 is--the
14 purpose is to protect the integrity of the ICSID Award and the system.

15 So, if we look at the Resubmission Tribunal's Award, the two issues touch upon
16 what you said.

17 One is the international law and domestic Chilean law. My first question is
18 whether there is international legal standard for damages, the how to calculate.

19 The second issue is we look at the Resubmission Award in several paragraphs,
20 201, 204, 244, they mention that that the Tribunal regret that the Parties did not
21 provide evidence. Not to satisfy the burden of proof. So, no matter the quantitative
22 moral damages, or other damages, particularly with regard to the violation of fair and
23 equitable treatment.

24 If you have done that, could you show me which paragraph? Yeah.
25

26 **Dr Garcés.**- Merci beaucoup. Me Munoz repondra à la seconde question. La première
27 d'abord, le Pr Howse, et ensuite je ferai une brève référence.

28
29 **M. le Pr Lloyd Howse.**- Yes, with respect to the existence of an international
30 standard for determining the calculation of damages, I want to be a little careful about
31 the use of the word "calculation" because often in academic and other discussions, it
32 seems to me that there's sometimes a finessing or confusion of the question, what
33 are the legal standards or principles for damages.
34

35 And that really relates to what is the purpose of a legal--of a remedy in a legal
36 system -- for a particularly, a particular wrongful act, and then you get into
37 methodological questions of calculation. So, for example, in certain situations where
38 there's been a taking, you would--there's a debate about discounted cash flow, is that
39 the appropriate methodology.
40

41 My submissions have gone to the absence of the legal standard in the first
42 place, or the approach to what we are trying to do. The Committee doesn't really
43 give us an approach what we are trying to do when we compensate for a violation of
44 fair and equitable treatment or denial of justice.
45

46 And I think it's fair to say that there's some debate, if you look at different
47 Tribunals on this point, about the nature of the compensation in terms of the legal
48 theory of what one is to achieve in terms of reparation, and a number of these
49 Awards are in our pleadings that we may need a longer time if you would like an
50 answer to that question, but this bears on your first question, Professor Zhang, which
51 is that, really, we're dealing with errors that are very serious.
52

53 So, it's not a question here of whether one thinks that the Resubmission Award

1 should have adopted, say, the approach of CME and the Czech Republic versus the
2 approach of the recent Bilcon Tribunal on damages for a violation of fair and
3 equitable treatment. There are some tensions, if you look at these different awards,
4 on this subject.

5
6 But they didn't adopt any legal benchmark, and that's why the error is really
7 serious. It's not just an error of law in the sense that we would be pleading that
8 Tribunal X had the right standard and the right interpretation and that the
9 Resubmission Tribunal should have followed that approach, to looking at the--the
10 way in which one would think about damages where the breach is a breach of fair
11 and equitable treatment and denial of justice. The fact is that no approach is
12 developed by the Resubmission Tribunal on this crucial question at all.

13
14 I would just also say that, and this goes to manifest excess of powers, -- to my
15 mind the seriousness aspect is captured by the expression "manifest." And here we
16 are dealing with a very important bedrock principle of the ICSID system, which is
17 finality of Awards.

18
19 It's obvious that parties come to ICSID to obtain a finality. And ICSID is a very
20 special kind of legal system that, in the name of finality, actually limits very severely
21 recourse to domestic courts for any form of correction or elaboration of the Awards.

22
23 Now, one element of finality that protects Parties and protects their
24 expectations when they go through the time and expense of coming to ICSID is that
25 you cannot keep getting another kick at the can, that unless there is some specific
26 form of revision or correction, that the Award simply is final and must be enforced and
27 enforceable.

28
29 And so, this is not--this is a very serious matter when a tribunal reexamines an
30 unannulled part of an Award because, in principle, if Tribunals kept doing that, you
31 would never have finality, right?

32
33 Because even if one part of an Award were annulled and you tried to then have
34 finality by having another Tribunal address that, the new Tribunal would then open up
35 something else that had been decided with finality before, one would have thought,
36 because it's unannulled.

37
38 And this sequence could continue, in some sense, indefinitely and provide
39 actually a means of surreptitious appeal, where a Party can effectively attack a part
40 of an Award that is unannulled and attempt to have it redone almost de novo and
41 against any actual legal standard of appeal.

42
43 So, this is a very fundamental part of the ICSID system, this idea of finality that
44 is undermined fundamentally, where a tribunal decides that what it is going to do--it
45 doesn't like a part of a previous Award that is final and unannulled -- so it will use the
46 pretext or the context of a Resubmission Proceeding to actually criticize and then try
47 and reconstruct in some way a part of an Award that, in fact, should be regarded as
48 final and because it is clearly and distinctly unannulled.

49
50 And, again, that is a direct attack on the cornerstone--one of the cornerstones of
51 ICSID, which is the principle of finality.

52
53 **Dr Garcés.**- En effet, pour répondre à la question du Professeur Angelet, la question
54 du droit moral est... oui ? Pardon ?

1

2 **M. le Président.-** I don't want to interrupt you, if Ms. Muñoz would say something
3 or--

4

5 **Me Muñoz.-** Peut-être sur la deuxième question, Juan. Ensuite, je vous repasse la
6 parole.

7

8 **Dr Garcés.-** Donc, pour répondre à votre première question.

9

10 **Mme le Pr Zhang.-** So she's going to answer your first question, but-- there's no
11 urgency. You can wait now or later.

12

13 **Dr Garcés.-** Lorsqu'on a soumis la demande en resoumission sur la partie annulée,
14 nous avons suivi nécessairement l'article 42 de la Convention :

15 « *Le tribunal statue sur le différend conformément aux règles de droit adoptées par les*
16 *parties* ».

17

18 Et cela nous renvoie au Traité bilatéral, dont l'article 10, paragraphe 4, dispose que :

19 « *L'organe chargé de l'arbitrage statuera sur la base des dispositions du présent*
20 *Accord, du droit de la Partie qui est partie au différend... ainsi que des termes ... des*
21 *principes du droit international pertinent* ».

22

23 Par conséquent, c'était obligatoire pour le tribunal de resoumission d'appliquer le
24 droit chilien également pour déterminer le dommage moral en vertu de cette
25 resoumission dans l'API.

26

27 **M. le Pr Angelet.-** Je vous remercie, Monsieur.

28 Si, mais il ne faut pas y répondre maintenant, est-ce que la question ne se pose pas de
29 savoir si l'énumération de différentes sources de droit dans l'article 10, paragraphe 4
30 du Traité bilatéral, a ou non pour conséquence que chacune de ces sources doit
31 nécessairement s'appliquer à chacune des questions qui sont soumises au Tribunal ?
32 Ou est-ce que, en revanche, il se pourrait que, même si l'article 10(4) fait référence à la
33 fois au droit international et au droit chilien, certaines questions devraient être
34 tranchées en vertu du droit international et d'autres en vertu du droit chilien ?

35

36 **Dr Garcés.-** L'interprétation que nous avons soutenue sur la base de la doctrine
37 prédominante dans la jurisprudence du CIRDI est que la préférence est pour le Traité
38 d'abord.

39

40 Ensuite, pour le droit national, et seulement dans la mesure où le droit national ne
41 répondrait pas ou n'apporterait pas la réponse nécessaire à la résolution du différend,
42 on fait recours au droit international. Ou s'il y a contradiction entre le droit interne et le
43 droit international, toujours au bénéfice de l'investisseur, c'est la priorité au droit
44 international.

45

1 C'est en vertu donc de ces critères que nous avons soutenu que le Tribunal de
2 resoumission n'a nullement appliqué le droit interne.

3

4 **M. le Pr Lloyd Howse.**- I just have one observation, which is, of course, the
5 obligation to apply the applicable law as it bears on an ICSID Tribunal is really part of
6 exercising the powers that it does have and not exercising powers it doesn't have.

7

8 It has to be guided here by what is the competence of the Tribunal. The
9 competence of the Tribunal is determined by the dispute and here we have a dispute
10 concerning--or at least--even if the Resubmission Tribunal mangled what the dispute
11 was about, it was fundamentally a dispute about how to determine and quantify the
12 damages appropriate under State responsibility for violation of fair and equitable
13 treatment and including denial of justice.

14

15 The Tribunal would only have failed to apply the applicable law if that source of
16 law was necessary and pertinent to the exercise of its powers to decide the dispute,
17 so framed.

18

19 Here, to revert to my previous response to a previous question, it was essential
20 that the Tribunal apply Chilean law to resolve the dispute because the justice that
21 was denied in violation of international law was justice framed within the Chilean
22 system.

23

24 So, how would one know what would have been owed in the Chilean system if
25 justice had not been paralyzed in that system? And that was the internationally
26 wrongful act. And that was how the Original Tribunal characterized the internationally
27 wrongful act, as that paralysis of justice within the Chilean system.

28

29 We have to revert to what that system says in order to understand what was the
30 nature of the justice that was denied and what was the loss that flowed from that
31 justice that had been denied.

32

33 **M. le Pr Angelet.**- Thank you.

34 **Me Muñoz.**- La question que vous posiez, Mme Zhang, sur la non-satisfaction par
35 les Demanderesses et la charge de la preuve selon le Tribunal de resoumission, c'est
36 une question que je vais traiter en détail un peu plus tard. Néanmoins, juste pour vous
37 donner la position qui a été d'ores et déjà écrite par les Demanderesses dans
38 leurs Mémoires, c'est que nous considérons que la position ou la décision – je ne sais
39 pas comment on peut l'appeler – du Tribunal en resoumission, de dire que
40 les Demanderesses n'avaient pas satisfait à leur charge de la preuve, constitue, pour
41 nous, trois violations de l'article 52. Selon nous, c'est une première violation en ce sens
42 que c'est un excès de pouvoir manifeste, notamment pour les raisons que nous avons
43 indiquées, sur les paragraphes 666 à 670 et 674 de la Sentence.

44

45 Nous considérons également que c'est un défaut de motif. Et j'expliquerai cela un petit
46 peu plus tard puisque, en réalité, quand on relit la Sentence avec attention, le Tribunal
47 dit : « *Je considère que vous n'avez pas satisfait à cette charge de la preuve, que vous
48 n'avez même pas essayé de satisfaire cette charge de la preuve* », mais il n'explique
49 pas pourquoi. Et je vous montrerai un petit peu plus tard que les Parties
50 demanderesses, devant le Tribunal de nouvel examen ou de resoumission, ont
51 développé, de manière très longue et très précise, un certain nombre d'éléments que,

1 manifestement, le Tribunal de resoumission ignore complètement, et donc il n'explique
2 pas pourquoi il considère que ces éléments doivent être écartés.

3 Enfin, nous considérons que cette position du Tribunal de resoumission constitue
4 également une violation grave d'une règle fondamentale de procédure.

5 Je reprendrai tous ces éléments un petit peu plus tard sur la question de la preuve et
6 de la charge de la preuve, mais, peut-être, puisque vous posiez la question sur les
7 écritures et où on peut trouver cela dans nos écritures, dans les trois Mémoires,
8 s'agissant de la requête en annulation, ce seront les paragraphes 238 à 252.
9 S'agissant du Mémoire en demande, vous trouvez cela dans les paragraphes 623
10 à 667. Enfin, s'agissant du Mémoire en réplique, ce sont les paragraphes 181 à 234.
11 Mais je reviendrai sur chacune de ces violations un petit peu plus tard.

12 **Dr Garcés.**- Une autre question qu'a posée le Tribunal concernant le cas de Mme Pey.
13 Son droit d'agir...

14

15 **M. le Président.**- Just to be clear, This is not a question we have asked, and that is
16 counted on your time now.

17

18 **Me Muñoz.**- Excusez-moi, Monsieur le Président, c'est simplement pour répondre à la
19 question qui était posée dans la lettre du 19 février.

20

21 **M. le Président.**- On est d'accord. Donc c'est bien compté sur le temps. C'est juste
22 pour *full time keeping*.

23

24 **Dr Garcés.**- Le droit d'agir, donc, et les intérêts de Mme Pey.

25 Comme je l'ai dit tout à l'heure, l'investissement a consisté en l'achat des actions. La
26 transmission de ces actions le Tribunal initial a considéré qu'il comportait le droit d'agir,
27 et un recours à la juridiction, aux arbitrages internationaux.

28

29 Nous avons considéré que c'était le cas pour les 10 % restants lorsque, à l'âge de plus
30 de 100 ans, il a décidé de les transmettre à sa fille.

31

32 La demande de resoumission a été déposée quelques mois après la transmission des
33 actions. Elle a été signée par procuration par Mme Pey, donc en tant qu'actionnaire.
34 Tout au long de la procédure de resoumission, elle a agi en cette qualité. Dans
35 la Sentence de resoumission on lui a refusé le droit d'agir. Nous entendons que,
36 devant un Tribunal d'annulation, elle a le droit de demander l'annulation de la Sentence
37 dès lors qu'elle était une Partie dans la demande déposée en juin 2013.

38

39 Monsieur Pey intervenait dans la demande en resoumission en sa qualité
40 d'investisseur initial car, même s'il avait transmis les actions à sa fille, le traité bilatéral,
41 en tant qu'investisseur initial, lui accordait certains droits et il les a exercés en
42 devenant Partie dans cette condition d'investisseur initial.

43

44 La question a été débattue entre les Parties. La Partie défenderesse a opposé quatre
45 ou cinq motifs pour lesquels, d'après l'État du Chili, Mme Pey n'avait pas le droit d'agir.

1 Nous avons répondu à ces objections et le Tribunal de resoumission n'a pas répondu à
2 ces objections ni à ces raisonnements, dans un sens ou dans l'autre.

3

4 Par contre, ce qu'a fait le Tribunal de resoumission, c'est de décider, dans la Sentence,
5 que M. Pey aurait nommé ou que Mme Pey représentait M. Pey dans la procédure de
6 resoumission.

7

8 Cette affirmation du Tribunal de resoumission n'a aucun fondement. Les pouvoirs de
9 représentation de Mme Pey ont été passés devant notaire en la faveur d'un conseil. Et,
10 par conséquent, également, les pouvoirs de représentation de M. Pey, investisseur
11 initial, ont été également passés en faveur d'un conseil. Il n'y a pas eu de pouvoir de
12 représentation accordé par M. Pey à Mme Pey. La Sentence de resoumission, en
13 décidant que Mme Pey représentait son père, a imposé une représentation contre la
14 volonté de M. Pey et contre la volonté explicite de Mme Pey. Nous trouvons que c'est
15 là une faute grave contre les normes de la Convention du CIRDI qui régissent pour la
16 représentation des Parties.

17

18 En plus la Sentence affirme, suivant la position du Chili, que la reconnaissance de
19 Mme Pey comme une Partie dans la procédure pourrait toucher l'unité, la continuité
20 des Parties dans la procédure initiale, l'identité des Parties dans la procédure initiale.
21 Nous trouvons que cette conclusion, d'abord, n'a pas été raisonnée. Elle était contraire
22 à la position que les Demanderesses ont soutenue. Mais elle est également
23 insoutenable au point de vue du droit dans la mesure où la transmission du droit d'agir
24 s'est opérée par la transmission des actions. Et, dans la jurisprudence du CIRDI, dans
25 des cas antérieurs, des précédents, où cette question a été posée, la réponse a été
26 catégorique : c'est qu'il n'y a pas de rupture dans l'identité des Parties.

27

28 Et nous avons cité, dans cette perspective, *l'Affaire Vivendi*, la Décision sur la
29 juridiction du 14 novembre 2005, para. 73, qui figure en Pièce CL-262 de la procédure
30 d'annulation et également dans la réplique des Demanderesses en resoumission,
31 la Pièce CL-363, où le Tribunal affirme que – je cite:

32

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

37

38 C'est dans cette perspective que nous soutenons que la conclusion selon laquelle
39 Mme Pey, sa reconnaissance comme Partie, aurait brisé l'identité des Parties, est
40 absolument sans fondement dans la Sentence de resoumission.

41

42 En ce qui concerne la deuxième partie de la question posée par le Tribunal dans sa
43 lettre du 19 février, les intérêts protégés de Mme Pey, nous considérons qu'elle a
44 énormément d'intérêt à être protégés dans cette procédure. C'est le droit qui découle
45 du fait d'être actionnaire. Ces intérêts-là lui ont été méconnus par l'État du Chili. L'État
46 du Chili a toujours soutenu que, d'abord, M. Pey n'était pas le propriétaire des actions,
47 et il continue à le soutenir, il n'a jamais reconnu l'autorité de la Sentence initiale, et, en

1 deuxième lieu, que les investisseurs espagnols n'avaient pas accès à l'arbitrage
2 international, et il continue à le soutenir.

3

4 Donc la conclusion d'écartier Mme Pey de sa qualité de Partie, avec les droits inhérents
5 à la propriété des actions, a une conséquence directe sur elle : c'est son exclusion de
6 l'accès à l'arbitrage international en vertu, justement, de la Sentence de resoumission
7 telle qu'elle est interprétée, d'ailleurs, par l'État lui-même. Et nous avons apporté à la
8 procédure la réponse du ministre des Affaires étrangères à la Chambre des députés en
9 septembre 2017, où il affirme catégoriquement que la Sentence de resoumission a
10 établi que l'État du Chili était libéré de toute compensation à l'égard des Parties
11 demanderesses.

12

13 Par conséquent, si l'État du Chili a été battu par la Sentence initiale et par le premier
14 Comité *ad hoc* dans la mesure où a été reconnue la propriété et, également, que cette
15 propriété des actions est sous la protection de l'API, et par conséquent, que les
16 investisseurs ont droit à l'accès à l'arbitrage international, si le premier point du
17 dispositif de la Sentence de resoumission était confirmé, la conséquence pratique
18 serait que Mme Pey serait écartée de la protection de l'API en ce qui concerne l'accès
19 à la juridiction du CIRDI.

20

21 Il y a certainement un autre point qui a été soulevé par la Défenderesse. C'est la
22 double nationalité de Mme Pey par rapport à la Convention du CIRDI -article 25(2)(a).
23 La situation par rapport à l'API ne pose pas de problème parce que l'API permet
24 parfaitement l'accès à l'arbitrage des doubles nationaux. C'est quelque chose qui a été
25 étudié dans la Sentence initiale de manière très claire et très nette.

26

27 Là-dessus, nous avons soutenu que la question relative à la compétence
28 *ratione temporis*, comme *ratione materiae*, comme *ratione personae*, dans la
29 procédure où nous sommes aujourd'hui, a été tranchée par le Tribunal initial,
30 concernant les dates du consentement de l'investisseur initial et également du dépôt
31 de la demande initiale et de l'enregistrement de la demande initiale.

32

33 Se trouvant toujours dans la même procédure, cette décision initiale persiste dans le
34 temps. Par conséquent, le Tribunal de resoumission n'avait pas à reconsidérer quelque
35 chose qui avait déjà été décidé dans la même procédure.

36

37 Cela aurait été différent si la procédure avait été différente.

38

39 On s'est posé la question de la qualification de la compétence du Tribunal de
40 resoumission, c'est d'ailleurs ce qu'a demandé l'État du Chili. Mais le Tribunal, dans le
41 cours de la resoumission, n'a pas soulevé cette question, il n'a pas remis en question
42 sa compétence. C'est seulement dans la décision qu'il a pris cette interprétation dont
43 nous considérons qu'elle enfreint l'autorité de la chose jugée, de la *res judicata*,
44 concernant le moment où la compétence est établie dans la même procédure.

45

46 C'est pour ces raisons que nous soutenons : que le premier paragraphe... d'abord, que
47 Mme Pey a le droit d'agir devant ce Comité pour demander l'annulation du premier

1 paragraphe du Dispositif; en deuxième lieu, qu'elle a des intérêts à protéger sous l'API
2 et sous la convention du CIRDI; en troisième lieu, que la Sentence de re-soumission
3 n'a pas motivé la décision concernant Mme Pey ; et, en troisième lieu, conformément à
4 l'accord passé entre M. Pey et la fondation – dont fait état la Sentence initiale –
5 chacune des deux Parties dans la propriété du Groupe de presse a le droit de défendre
6 les intérêts de l'autre Partie. Et la fondation, donc, assume la défense également des
7 intérêts de Mme Pey devant le présent Comité, au cas où le Comité ne partagerait pas
8 cette analyse.

9

10 **M. le Président.**- Thank you very much for your consideration. Not to answer now,
11 because you want to go forward, what I have not understood--and I would like to
12 have a clarification of that point--you say that the initial Tribunal has, with the
13 res judicata effect, treated the transfer of shares to the Allende Foundation, and this
14 effect is applicable also to the transfer of shares to Mrs. Pey, although this transfer
15 took place while--the Allende Foundation's transfer took place before the beginning of
16 the initial proceeding, the transfer from Mrs. Pey took place after the First Tribunal
17 and after the Annulment Decision.

18 I don't say that the Resubmission Tribunal did it wrongly or rightly; I only want to
19 understand better why you say that a decision which concerns a transfer which took
20 place in the 1990s, before a proceeding was initiated, is res judicata for an event
21 which took place after the date of the First Award.

22 Not now, because we want to go forward. But I think that is an important
23 question for me to understand.

24 Thank you.

25

26 (Comments off microphone.)

27

28 **M. le Président.**- Would you be amenable to that, to continue until 1:30? Is your
29 power still intact? 1:30? We continue until 1:30?

30

31 **Dr Garcés.**- Nous pouvons donc continuer.

32 **M. le Président.**- Oui.

33 **Dr Garcés.**- Avec plaisir. Avant de passer, donc, la parole à Mme Muñoz sur la
34 question de la preuve, je voudrais terminer cette question relative à Mme Pey, en
35 disant que le mandat que M. Pey m'avait accordé pour le représenter dans la
36 procédure de re-soumission s'est terminé le jour de son décès. Son statut personnel
37 est celui du droit espagnol et en droit espagnol le mandataire perd tout pouvoir au
38 moment du décès.

39 Par conséquent, en ce moment Mme Pey se trouve dans une situation de « limbes
40 juridiques », d'après la Sentence initiale elle n'a pas le droit d'agir, Monsieur Pey est
41 sans représentation en ce moment étant donné son décès, et la situation de
42 l'actionnaire, de ces 10%, est tout à fait irrégulière au point de vue de la représentation.

43 Le décès étant intervenu *lite pendente*, la question s'est posée : la succession des
44 droits qui est inhérente à la propriété. Et là-dessus, cette succession, si on prend, par
45 exemple, une sentence qui a été citée pendant la procédure de re-soumission, l'Affaire
46 *Siagh c. Égypte*⁵, il y a eu un décès pendant la procédure, la partie Défenderesse a
47 demandé la suspension... pas la suspension, mais la fin de la procédure étant donné
48 que l'identité des Parties auraient été interrompue par ce décès. Le Tribunal n'a pas

⁵ Pièce CL366 de la procédure de resoumission

1 accepté cette position et, dans la Sentence a établi que *lite pendente*, les droits
2 qu'avait la Partie requérante initiale ont été transmis à son successeur.

3

4 Dans le cas présent, la succession de M. Pey a été établie par la transmission des
5 actions. Par conséquent, si le Comité *ad hoc* considérait que cette situation de
6 « *limbes juridiques* » n'est pas justifiable en droit, il devrait prendre, dans sa décision à
7 venir, une position similaire à celle que le Tribunal de l'Affaire *Siagh* a accordée dans
8 le décès *lite pendente*.

9 Madame Muñoz, s'il vous plait.

10

11 **Me Muñoz.**- Merci.

12 Monsieur le Président, Madame et Messieurs les membres du Comité, je vais donc
13 maintenant aborder la question du traitement de la preuve par le Tribunal de re-
14 soumission --ou je devrais peut-être dire le refus par le Tribunal de re-soumission-- de
15 traiter les preuves et les arguments qui ont été soumis par les Demanderesses devant
16 lui lors de la procédure de re-soumission.

17

18 Comme je vous l'indiquais un petit peu plus tôt, nous considérons que ce
19 comportement du Tribunal et la Sentence elle-même constituent trois motifs
20 d'annulation que sont : l'excès de pouvoir manifeste ; l'inobservation grave d'une règle
21 de procédure fondamentale ; et le défaut de motifs.

22

23 J'aborderai successivement – et en réalité, le défaut de motifs normalement avant
24 l'inobservation grave d'une règle fondamentale de procédure – ces trois motifs.

25

26 Mais, peut-être avant faut-il reprendre ce qu'a dit le Tribunal de re-soumission sur la
27 question de la preuve et comment il est arrivé à ce raisonnement.

28

29 Il faut reprendre la Sentence de re-soumission, et plus particulièrement son
30 paragraphe 232. Celui-ci dit – ou celle-ci plutôt, la Sentence – je cite :

31

32 « *Une fois la question posée dans les termes au paragraphe précédent... »*

33

34 Et la question posée dans les termes au paragraphe précédent, c'est de savoir si les
35 Demanderesses ont satisfait à la charge de la preuve, quel préjudice a été causé à
36 l'une ou/et l'autre du fait de la violation par la Défenderesse de la norme du traitement
37 juste et équitable du TBI, puis d'établir, en termes financiers, le dommage quantifiable.

38

39 Au paragraphe 232, la Sentence dit :

40

41 « *Une fois que la question a été posée, il devient clair que les Demanderesses n'ont*
42 *pas satisfait à cette charge de la preuve ; en effet, on pourrait dire que dans un sens,*
43 *elles n'ont même pas cherché à le faire, dans la mesure où elles ont centré leurs*
44 *arguments sur l'évaluation* [et c'est souligné, dans la Sentence] *du dommage, sans*

1 démontrer au préalable la nature précise du préjudice, le lien de causalité et le
2 dommage lui-même. »

3

4 Sur ce paragraphe, nous vous renvoyons, Madame, Messieurs les membres du
5 Comité, à nos écritures, et à relire nos écritures.

6

7 Nous sommes assez surpris de ces termes dans la Sentence.

8

9 Le Mémoire en demande devant le Tribunal de re-soumission, c'est la Pièce C-8, le
10 chapitre 5, dans son intégralité, est consacré exclusivement au préjudice subi au titre
11 des violations de l'article 4, et en particulier, pour démontrer que le préjudice résultant
12 de violation de l'article 4 et, en particulier, pour démontrer que le préjudice résultant de
13 l'article 4 équivaut au préjudice résultant d'une violation de l'article 5.

14 Alors que... --donc, cela fait à peu près une cinquantaine de pages dans le Mémoire en
15 demande qui avait été soumis par les Demanderesses- alors que le chapitre 6, qui, lui,
16 concerne l'évaluation vraiment chiffrée du dommage, concerne environ une dizaine de
17 pages.

18

19 Dans leur Réplique, également, les parties Demanderesses ont encore expliqué les
20 raisons pour lesquelles elles considéraient que le préjudice résultant de l'article 4
21 devait être équivalent au préjudice résultant des violations de l'article 5. Cela ne
22 signifie pas que ce serait le même préjudice.

23

24 Le paragraphe 232 se poursuit, et il présente les arguments des Défenderesses qui –je
25 le rappelle, je vous le souligne – avaient été rejetés par le premier Comité *ad hoc*.

26

27 L'argument des Défenderesse sur la Décision 43 : qui ne peut pas constituer un
28 dommage, ils avaient soulevé exactement l'argument, le même argument, devant le
29 premier Comité *ad hoc*, en disant que la Décision 43 ne pouvait pas constituer une
30 violation, une discrimination, puisque les Parties, M. Pey, s'était exclu de la loi de 1998.

31

32 Et je vous renvoie à relire la décision du premier Comité *ad hoc* sur les paragraphes
33 229 à 233, qui est sur le sujet.

34

35 Paragraphe 233, le Tribunal de nouvel examen dit qu'il considère ces arguments des
36 Défenderesses parfaitement fondés - encore une fois, alors qu'ils avaient déjà été
37 rejetés par le premier Comité *ad hoc*- mais qu'il n'est pas tenu de se prononcer
38 formellement sur ceux-ci puisque les Demanderesses n'ont pas satisfait à la charge de
39 la preuve qui leur incombait.

40

41 Il poursuit, et là, classiquement, "puisque vous n'avez pas démontré l'existence d'un
42 préjudice, je n'ai même pas besoin de me prononcer sur l'évaluation de celui-ci. »

43

44 De manière assez intéressante, le Tribunal termine par le paragraphe 236, qui est un
45 *obiter dictum*, en relevant que:

1 « (...) il aurait été disposé à faire droit à l'objection de la Défenderesse à la recevabilité
2 de toutes les parties des arguments des Demanderesses relatifs aux dommages qui
3 étaient fondées directement ou implicitement sur la valeur de la confiscation de
4 l'investissement initial, comme étant diamétralement contraires aux parties de la
5 Sentence initiale assorties de l'autorité de la chose jugée et à la décision sur
6 l'annulation rendue par le Comité ad hoc. »

7

8 Nous considérons que cette partie de la Sentence est le siège d'un excès de pouvoir
9 manifeste, et je vais vous expliquer pourquoi.

10

11 Nous sommes d'accord que la mission du Tribunal de re-soumission était d'aboutir à la
12 détermination du montant du préjudice subi du fait de la violation de l'article 4 de l'API
13 et, en conséquence, du droit à compensation qui a été reconnu par le Tribunal initial
14 dans sa sentence initiale, notamment au point 3 du dispositif.

15

16 Ses conclusions – je pense, que personne ne les remet en doute – sont *res judicata*, et
17 le Tribunal de re-soumission devait les suivre.

18

19 À cet égard, je vous renvoie à un article qui avait été publié par le Pr Schreuer
20 concernant la décision du premier Comité ad hoc qui avait été rendue en 2012 - c'est
21 la Pièce CL-326- dans laquelle il dit que cette décision est à peine une annulation
22 puisque le rôle du Tribunal de re-soumission sera de déterminer uniquement le
23 montant du dommage.

24

25 Comme l'a dit le professeur Garcés, nous continuerons, car, un certain nombre de fois,
26 le Tribunal de resoumission est allé au-delà de son pouvoir en ne respectant pas
27 l'autorité de la chose jugée de la Sentence initiale, et notamment sur la question de la
28 compensation, puisqu'il ne faisait aucun doute pour aucune des Parties, ni même le
29 Chili, que la compensation visée au point 3 de la Sentence initiale ne pouvait être
30 qu'une compensation financière.

31

32 Nous considérons que, là encore, sur la manière dont le Tribunal a traité la charge de
33 la preuve, il a commis un excès de pouvoir, mais cette fois-ci non pas en s'arrogeant
34 un pouvoir qu'il n'avait pas parce que les questions avaient été tranchées, mais en
35 considérant qu'il n'avait pas un pouvoir au motif que la question aurait été tranchée
36 dans un sens par le Tribunal initial, alors qu'elle ne l'avait pas été. Et, en réalité, je vais
37 vous démontrer : le Tribunal arbitral initial a pris la position inverse de celle que
38 soutient le Tribunal de resoumission.

39

40 Comme nous l'avons dit un petit peu plus tôt ce matin, rien n'interdisait aux
41 Demanderesses de prendre comme référence, pour calculer le préjudice de violation
42 de l'article 4, la valeur du bien qui avait été confisqué au départ et la *fair market value*
43 de ce bien.

44

45 Comme je vous le rappelais, si le Tribunal initial a considéré que ça ne pouvait pas
46 constituer une violation du Traité de protection des investissements, il n'a pas
47 considéré que cette confiscation n'avait pas eu lieu ou n'avait pas d'effet. Bien au

1 contraire puisque, paragraphe 611 de la Sentence initiale, le Tribunal initial dit que : « *Il*
2 *n'est pas interdit au Tribunal de prendre en considération des faits antérieurs à la date*
3 *en vigueur du Traité pour examiner le contexte dans lequel sont intervenus les actes*
4 *que les Demanderesses qualifient d'être une autre violation du Traité* ».

5

6 Il le redit encore au paragraphe 612, et ces parties-là de la Sentence n'ont pas été
7 annulées. Et c'est clairement ce que le Tribunal initial a fait lorsqu'il a considéré que le
8 Chili avait violé l'article 4 du Traité de protection aux investissements.

9

10 Et là, je vous renvoie aux paragraphes qui ont été rapidement évoqués ce matin, qui
11 sont les paragraphes 665, 666, 667 de la Sentence initiale sur le traitement juste et
12 équitable, et la question de savoir : est-ce que le Chili a traité, de manière juste et
13 équitable, les Demanderesses ?

14

15 Paragraphe 665, le Tribunal initial dit : « *une réponse négative s'impose de l'avis du*
16 *Tribunal* ».

17

18 Là, je vais lire les paragraphes 666, 667. Je vais peut-être résumer les
19 paragraphes 668 et 669. Je cite :

20

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

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

28

29 Et il cite notamment des audiences.

30

31 Paragraphe 668, qui a été rappelé :

32

33 « *Après le rétablissement au Chili d'institutions démocratiques et civiles, les nouvelles*
34 *autorités ont proclamé publiquement leur intention de rétablir la légalité et de réparer*
35 *les dommages causés par le régime militaire.* »

36

37 Je passe la citation

38

39 Paragraphe 669 :

40 « *Le Tribunal ne peut que prendre note avec satisfaction de telles déclarations qui font*
41 *honneur au gouvernement chilien.* »

42

43 Et c'est là où réside la violation à l'article 4 :

1 « *Malheureusement, cette politique ne s'est pas traduite dans les faits, en ce qui*
2 *concerne les demanderesses, pour des raisons diverses* ».

3

4 C'est là, la violation de l'article 4, qui est résumé au paragraphe 674 de la Sentence,
5 qui vient dire que :

6

7 « *En accordant des compensations à des personnages qui n'étaient pas les*
8 *propriétaires des biens confisqués en même temps qu'elle paralysait ou rejetait les*
9 *revendications de M. Pey...* »

10

11 --et, que les choses soient claires, l'indemnisation qui a été accordée aux tiers ne
12 concerne pas uniquement la presse Goss--

13

14 « *ou rejetait les revendications de M. Pey concernant les biens confisqués, la*
15 *République du Chili a manifestement commis un déni de justice et refusé de traiter les*
16 *Demanderesses de façon juste et équitable.* »

17

18 Ces paragraphes sont également revêtus de l'autorité de la chose jugée. Dès lors, il
19 est clair que le nouveau Tribunal, le Tribunal de resoumission, devait, pouvait recourir
20 à des éléments de fait qui se rapportaient à ces confiscations et au droit à être
21 indemnisé de ces confiscations. Encore une fois, non pas sur le fondement d'une
22 violation de l'article 5, mais pour déterminer le préjudice subi de la violation de
23 l'article 4.

24

25 Comme je viens de le dire, c'est bien le refus d'indemniser M. Pey dans les
26 circonstances qui ont été décrites aux paragraphes précédents dans la Sentence
27 initiale, qui constitue le traitement injuste et inéquitable. Et encore une fois, ce n'est
28 pas parce que ça ne constitue pas une violation de l'article 5 que ça ne doit pas être
29 pris en compte par le Tribunal de resoumission, alors que c'est exactement ce qu'a fait
30 le Tribunal en resoumission : il a considéré que, parce que ça ne constituait pas une
31 violation de l'article 5, tout ce qui devait ou pouvait toucher à la confiscation initiale
32 devait être exclu du débat, que ce soient les arguments ou que ce soient les pièces.

33

34 Nous considérons que ça constitue un excès de pouvoir manifeste, puisque ça
35 vient en contradiction totale avec ce qu'a dit le Tribunal initial. On relèvera que
36 cette déficience dans le raisonnement – si l'on peut le dire comme ça, puisque
37 je vais venir ensuite au fait que nous considérons que c'est également un
38 défaut de motif – cette déficience a été relevée en doctrine par deux
39 professeurs. Tout d'abord, le professeur Schreuer -- je vais citer la Pièce CL-326--
40 qui, à propos, encore une fois, de la première décision du Comité ad hoc et de la prise
41 en compte par le Tribunal initial des sommes versées au titre de la Décision 43, écrivait
42 – je cite en anglais :

43 *(Poursuit en anglais.)*

44

45 *"It is true that the Tribunal took the amount of compensation fixed by the Chilean*
46 *authorities as the yardstick for its own damages calculation."*

1

2 And here is the line... les éléments importants :

3

4 *“But this does not necessarily mean that the Tribunal awarded compensation for an*
 5 *expropriation for which it had found it was not competent racione temporis. The Tribunal*
 6 *had found fault with the way the Chilean authorities had handled the issue of*
 7 *compensation in Decision n° 43 and held that the money should have gone to the*
 8 *Claimants and not to other persons. To remedy that injustice, which the Tribunal had*
 9 *found discriminatory, it sought to put the Claimants in the position they would have*
 10 *been in had the wrong not been committed. This was a straightforward application of*
 11 *the principle of restitution as formulated in the Factory at Chorzów case, which is now*
 12 *enshrined in articles 35 and 36 of the International Law Commission (ILC) Articles on*
 13 *State Responsibility.”*

14

15 Et c'est exactement ce que nous avons soutenu devant le Tribunal de resoumission.
 16 Visiblement, le Tribunal n'a pas retenu la même acception de l'autorité de la chose
 17 jugée que nous avons.

18

19 De même, je citerai le Pr Benjamin Rémy, qui, lui, s'est prononcé non pas sur la
 20 décision du premier Comité *ad hoc*, mais sur la Sentence de resoumission. Et c'est la
 21 Pièce CL-333 : Et il dit :

22

23 *« Ce qu'interdit l'autorité de chose jugée est qu'une même prétention, opposant*
 24 *les mêmes parties et fondée sur le même complexe de faits, soit portée*
 25 *plusieurs fois devant des juges différents. Concrètement, l'autorité de chose jugée*
 26 *de la sentence initiale s'oppose à ce que soit intentée une nouvelle procédure dont*
 27 *l'objet serait de faire déclarer que les confiscations de 1973 sont une expropriation*
 28 *illicite au regard du TBI. »*

29

30 Violation de l'article 5. Je reprends la citation :

31

32 *« En revanche, elle n'interdit pas que, dans le cadre de l'examen de la demande*
 33 *d'indemnisation du préjudice subi du fait du déni de justice, la réalité de la confiscation*
 34 *soit évoquée. Plus précisément, ce préjudice consistait en une perte de chance pour*
 35 *l'investisseur d'obtenir le gain de cause auprès des juridictions chiliennes. Il ne*
 36 *s'agissait aucunement de tenter une nouvelle fois de qualifier ces confiscations de fait*
 37 *internationalement illicite. Il est seulement ici question de savoir si, au regard du seul*
 38 *droit chilien, la prétention formulée par l'investisseur devant les juges chiliens avait des*
 39 *chances de prospérer et de fixer le montant des indemnités que l'investisseur aurait pu*
 40 *espérer. Les éléments de preuve et les arguments relatifs à la confiscation de 1973,*
 41 *ainsi utilisés, ne devraient donc pas se heurter à l'autorité de la chose jugée de la*
 42 *Sentence initiale ».*

43

44 Et il conclut que la manière dont le Tribunal de resoumission a agi dans cette affaire
 45 confine à un déni de justice.

46

1 Alors, je ne reviendrai pas sur le standard de l'excès de pouvoir, mais, encore une fois,
2 le Tribunal de resoumission est tenu par ce qu'a décidé le Tribunal initial. Or, le
3 Tribunal initial a clairement indiqué que la violation de l'article 4 était le fait pour le Chili
4 de ne pas indemniser M. Pey du fait de la confiscation qui était intervenue. Parce que
5 le Chili a reconnu que ces confiscations étaient illicites, parce que le Chili a reconnu
6 qu'il fallait indemniser les victimes de ces confiscations.

7

8 Sur le défaut de motif, là, je reviens à la question, au point du Tribunal en resoumission
9 qui indique que les Demanderesses n'ont même pas cherché à satisfaire à la charge
10 de la preuve qui leur incombait.

11

12 Comme je l'ai dit en commençant, je pense que, en tout cas, les Demanderesses ont
13 largement écrit sur pourquoi elles considéraient que le préjudice de la violation de
14 l'article 4 devait être équivalent au préjudice de l'article... de la violation de l'article 5.
15 Et je vous ai déjà renvoyé aux écritures.

16

17 Elles ont également démontré que les tribunaux arbitraux avaient accepté que le
18 principe de réparation intégrale implique que l'investisseur puisse être indemnisé pour
19 la valeur de ses bien saisis, quand bien même la demande n'était pas fondée sur
20 l'expropriation, mais était fondée sur un traitement... en violation du traitement juste et
21 équitable. Là, je vous renvoie à la Réplique des Demanderesses, qui est la Pièce C-40,
22 et aux paragraphes 342 et suivants de leurs écritures, et les différentes pièces qu'elles
23 ont soumises à ce moment-là devant le Tribunal de resoumission.

24

25 Lors des audiences du mois d'avril 2015 a été très longuement discuté ce principe
26 avec M. Kaczmarek, qui était l'expert juridique mandaté par la République du Chili et
27 qui a reconnu lui même la possibilité pour un Tribunal arbitral de se prononcer sur la
28 réparation d'une violation du traitement juste et équitable, et d'appliquer ainsi le calcul
29 du dommage en recourant au standard de la *fair market value*. C'est la Pièce C-271 et
30 en particulier la page 102 à 107.

31

32 Compte tenu de ces différents éléments et de ces différentes preuves et des
33 arguments qui ont été portés par les Demanderesses, affirmer simplement, sans
34 expliquer pourquoi, que les Demanderesses n'ont non seulement pas satisfait à la
35 charge de la preuve, mais qu'elles n'ont même pas essayé de le faire, sans justifier de
36 quoi que ce soit, nous paraît être un défaut de motif.

37

38 Sur ce point, on peut citer la décision dans *MINE c/ Guinée*, bien évidemment, mais
39 surtout, je souhaiterais faire référence à l'*Affaire TECO c/ le Guatemala*, qui est la
40 Pièce CL-316, et que je vais citer, en particulier le paragraphe 131. Et je cite en
41 anglais :

42

43 *"The Committee takes issues with the complete absence of any discussion of the*
44 *Parties' expert reports within the Tribunal's analysis of the loss of value claim. While*
45 *the Committee accepts that a tribunal cannot be required to address within its award*
46 *each and every piece of evidence in the record, that cannot be construed to mean that*
47 *the Tribunal can simply gloss over evidence upon which the Parties have placed*
48 *significant emphasis, without any analysis and without explaining why it found that*

1 *evidence insufficient, unpersuasive, or otherwise unsatisfactory. A Tribunal is duty*
2 *bound to the Party to at least address those pieces of evidence that the parties deem*
3 *to be highly relevant to their present case and, if finds them to be of no assistance, to*
4 *set out the reason for this conclusion."*

5

6 En l'espèce, la position qui a été adoptée par le Tribunal de resoumission est très
7 éloignée du standard qui a été fixé dans cette Affaire *Teco c. Guatemala*. Il n'y a
8 aucune explication, aucune analyse de pièces. La seule raison qui est éventuellement
9 donnée, c'est que le Tribunal initial a considéré que la confiscation ne constituait pas
10 une violation de l'article 5.

11

12 Pour ma part, j'ai du mal à réconcilier cet élément-là et le fait d'interdire aux parties
13 Demanderesses de soumettre des éléments de preuve concernant la confiscation.

14

15 De ce point de vue-là, nous considérons que le Tribunal de resoumission n'a pas
16 respecté son obligation de motiver sa sentence simplement en indiquant que les
17 Parties n'avaient même pas essayé de satisfaire à cette charge de la preuve.

18

19 Très rapidement, je pense, nous considérons également que ce comportement
20 constitue une violation grave de règles de procédure fondamentale.

21

22 Tout d'abord, nous considérons que c'est une violation du droit à un procès équitable
23 et de l'exigence d'impartialité d'un tribunal arbitral.

24

25 Dans nos écritures, nous avons expliqué et nous avons considéré qu'il y avait
26 manifestement dans cette Sentence le reflet d'un biais du tribunal.

27

28 Et, effectivement, un certain nombre d'éléments dans cette Sentence, j'en relèverai un
29 notamment, montre que... excusez-moi, je vais reformuler.

30

31 En fait, il nous semble que le biais du Tribunal arbitral dans cette Affaire, et c'est ce
32 que d'ailleurs a relevé Me Garcés ce matin, que le Tribunal de resoumission était en
33 total désaccord avec la Sentence initiale.

34

35 Il était en total désaccord avec la Sentence initiale. Il y a un nombre de fois où, dans la
36 Sentence de resoumission, on peut relever ce désaccord fondamental du nouveau
37 tribunal et du tribunal initial.

38

39 Et cet élément a été beaucoup présenté par écrit, mais nous n'allons pas reparler...
40 Nous n'en avons pas reparlé ce matin.

41

42 Je me réfère au paragraphe 216 de la Sentence en resoumission. Et en particulier à la
43 fin de son paragraphe.

44

1 Le Tribunal en resoumission traite dans ce paragraphe de la question de la violation de
2 l'article 4 sur des faits postérieurs à la Sentence initiale, postérieurs à 2008.

3

4 Et il écrit :

5

6 « *mais aussi, tout simplement, que l'ensemble de cet argument n'entre clairement pas*
7 *dans le champ de compétence de ce Tribunal qui (comme cela a déjà été indiqué), est*
8 *limité, en vertu de l'article 52 de la Convention CIRDI et de l'article 55 du Règlement*
9 *d'arbitrage du CIRDI, exclusivement au 'différend' ou aux parties de celui-ci qui*
10 *demeurent après l'annulation. Ces termes ne peuvent être interprétés que comme une*
11 *référence au 'différend' qui avait été initialement soumis à l'arbitrage, différend »,*

12 - et là j'insiste—

13 « *pour lequel la date critique était la requête d'arbitrage initiale des Demanderesses.*
14 *Les questions qui ont surgi entre les Parties après cette date, »*

15 - soit après 1997, ou après 1998, puisque c'était l'enregistrement--

16

17 « *--et a fortiori les questions découlant d'une conduite postérieure à la Sentence --ne*
18 *peuvent pas, même avec un gros effort d'imagination, entrer dans le champ de la*
19 *procédure de nouvel examen en vertu des dispositions citées ci-dessus. »*

20

21 Devant le Tribunal en resoumission, un certain nombre d'arguments ont été soulevés
22 pour expliquer pourquoi nous considérons que les violations ou le comportement du
23 Chili après la décision de 2008 devaient être rattachés à la violation de l'article 4 et que
24 c'était une continuité.

25

26 Ceci est écarté sans aucune explication de la part du Tribunal en resoumission.

27

28 Mais au-delà de ça, ce qui est surtout dit, c'est que lui-même considère que tout acte
29 ou toute violation après l'enregistrement de la requête ne peut, « *même avec un gros*
30 *effort d'imagination, entrer dans le champ de la procédure de nouvel examen ».*

31

32 Or, les violations qui ont été tranchées par le Tribunal initial, violations de l'article 4,
33 sont toutes intervenues après la requête qui avait été soumise par M. Pey.

34

35 Il y a eu des demandes complémentaires qui avaient été formulées, mais les faits
36 datent de 2000 pour certains et la continuité avec le point d'orgue en 2008 où le
37 Tribunal considère que depuis plus de huit ans, il n'y a pas eu d'éléments dans cette
38 Affaire et que donc, cela constitue un déni de justice.

39

40 Donc, c'est là, me semble-t-il, que le Tribunal en resoumission nous dit : je ne suis pas
41 d'accord avec ce qu'a dit le Tribunal initial.

42

43 Et nous considérons que ça constitue un biais et que probablement... On n'a pas
44 d'explication et on ne comprend pas comment le Tribunal en resoumission a pu juste

1 écarter les arguments, les pièces des Demanderesses qui étaient... sans aucune
2 explication !

3

4 Et donc pour nous, c'est cette position systématique en défaveur des Demanderesses,
5 est la démonstration d'un biais.

6

7 Et nous le trouvons ici.

8

9 C'est peut-être une supposition, mais en réalité, il y a dans cette Sentence une
10 présentation ou un rejet systématique de l'ensemble des prétentions des
11 Demanderesses, sans aucune explication.

12

13 Or, dans l'*Affaire Enron*, qui est la Pièce CL-307, il a été considéré que, je cite en
14 anglais :

15 (*Poursuit en anglais.*)

16

17 « [...] the lack of impartiality may be a ground of annulment under Article 52(1)(d) of the
18 ICSID Convention, and leaves open the possibility that such lack of impartiality might
19 be evidenced, for instance, by the fact that an Award consistently and perversely
20 makes findings favourable to one party without any basis in the evidence. »

21

22 Et nous considérons que la Sentence en resoumission est la démonstration même de
23 ce que toutes les décisions sont en défaveur des Demanderesses, sans aucune
24 explication.

25

26 Enfin, nous considérons que cette position du Tribunal en resoumission constitue une
27 violation du droit d'être entendu.

28

29 Je refais référence à l'affaire *Teco c. Guatemala* et au paragraphe 131 que je citais
30 tout à l'heure : le droit d'être entendu ne se limite pas uniquement à la possibilité qui
31 est offerte aux Parties de présenter leurs arguments. Le fait de les écarter
32 systématiquement, sans même les analyser, constitue également une violation du droit
33 d'être entendu.

34

35 C'est ce que dit le Comité *ad hoc* dans l'affaire MTD c. Chili que vous trouvez à la
36 Pièce CL-349, je cite en anglais.

37 (*Poursuit en anglais.*)

38

39 « Conceivably an award might recite the arguments of the parties in such a defective or
40 inaccurate way as to evidence a failure to hear the arguments in the first place. »

41

42 Sur ce point, j'inviterai — mais en répondant probablement à l'une de vos questions de
43 ce matin si on peut faire ça peut-être jeudi —, j'inviterai les membres du Comité à lire

1 la présentation qui est faite des arguments des Demanderesses dans la Sentence en
2 resoumission en parallèle des arguments qui ont été présentés au Tribunal en
3 resoumission.

4

5 Et nous considérons que cette présentation est pour un certain nombre d'arguments
6 sensiblement biaisée.

7

8 Ce n'est pas en soi... Nous n'avons pas fait un comparatif de chacun de ces éléments,
9 mais en relisant, quand on lit la Sentence et notamment la position des parties
10 Demanderesses, nombre de fois, on s'interroge en se disant : mais où cela a-t-il été
11 dit ? Et je reviendrai sur ce point, notamment sur la Décision 43 et sur la question que
12 vous avez posée, Monsieur le Président, je crois, sur le paragraphe 198 de la
13 Sentence en resoumission, c'est un des exemples de la présentation qui est faite par le
14 Tribunal en resoumission de la position des Demanderesses qui est totalement
15 inexact.

16

17 J'en ai terminé sur la question de la preuve. Je ne sais pas si un de mes co-conseils
18 souhaite...

19 Merci beaucoup.

20

21 **M. le Président.**- We will break for lunch, and I just--before breaking, I wanted to let
22 to know how many minutes you still have not used of your morning presentations,
23 because we had asked questions.

24 And if I am not wrong, my calculation is normally not very good, it is 28
25 minutes--36 minutes. 36 minutes you still have of the morning session because we
26 had to deduct the time for the answers and questions. Okay?

27 So, bon appétit !

28

29 **Me Gehring.**- (...)

30

31 **M. le Président.**- Let us--following, we, of course, are in the embarrassing
32 situation--we have to look at this thing--let us use the time of lunch, and then we give
33 you our Decision after--immediately after lunch.

34 Would that be convenient for you?

35

36 **Me Gehring.**- (...)

37

38 **M. le Président.**- But we have to have a certain look at it to understand whether it is
39 just a--a note, actually, or whether there are new elements and new claims.

40 So, to a certain extent, we cannot come to a Decision without having at least a
41 superficial look at it.

42

43 **Me Gehring.**-(...)

44

45 **M. le Président.**- Okay. We come back after lunch with a Decision.

46 But we want to--we want to hear the Party for in one minute--yes, please.

47

48 **Me Cadman.**- Perhaps I can respond very briefly to that.

1
2 It's not tendering expert evidence. I am Counsel on behalf of the Claimants.

3
4 There is a fundamental issue as far as the two Arbitrators are concerned as
5 members of the English Bar. The position has always--a long-standing position has
6 been taken-- that Barristers are independent, self-employed, even though they are, in
7 Chambers, a collective arrangement.

8
9 The question is whether--which is set out within the Speaking Note-- is whether
10 that position remains sustainable today and whether that is a position, as far as
11 Essex Court Chambers is concerned, having members prior relationship with the
12 Government of Chile. That is the point that is being made.

13
14 Of course, the fundamental question that is being asked is whether the two
15 members should have disclosed the fact that other members of their Chambers have
16 acted for the Government of Chile in prior matters.

17
18 Our position, as is set out in the Speaking Note, is very clear that they should
19 have disclosed that and that fundamentally undermines the legitimacy of the Award
20 and the process.

21
22 So, I would say it is not expert evidence. I'm stating a very clear fact that has
23 come up in a number of cases previously as to whether a Barrister Member, an
24 Associate Member, of a particular Chambers, should have inquired as to whether
25 there was a--the perception of a conflict of interest. And that is the point that is being
26 made.

27
28 **M. le Président.-** We would have to discuss that, and when we see an expert
29 opinion--we are now in the Hearing phase--you had--both Parties had a long time of
30 written submissions, and then we see in this document that there's a new
31 argumentation, we cannot accept it. For me, that is quite clear, especially since you
32 had an enormous amount of time to make that point before and that the--then the
33 Respondent would have had the possibility to answer correctly if that is completely
34 new.

35 But we have to have a look at it, and we cannot give an answer now, and we'll
36 do it after lunch.

37
38 **M. le Pr Angelet.-** So, may I perhaps ask the Parties, I think one issue which has
39 been raised by President Knieper is whether the document contains new elements.
40 The other aspect is more procedural and goes at the question of whether this is an
41 unauthorized filing of new written pleadings.

42 Could you comment on that, please? Because if it is perhaps, indeed--it may
43 be--well, then that raises the issue of whether we should receive it at all.

44
45 **Me Cadman.-** It--it raises the question of, if we take back the Report now--my intention
46 was to present those arguments today.

47
48 Now, obviously, the Committee is going to have to rule on whether they're
49 going to hear those arguments today or not, regardless of whether you actually read
50 the report or not or read the Speaking Note or not.

51
52 The reason why it was handed out today was because, conscious of limited
53 time, it is considered it is a fundamental issue.

1
2 Now, of course--
3

4 **M. le Président.-** But let us be clear. You had this a long time ago. You had the
5 possibility a long time ago to make arguments on the obligation of the two Arbitrators
6 to disclose, and that is not a new point. And if you make new arguments, a new
7 argumentation on the point which has been on the record for a year, then it is too
8 late.
9

10 **Me Cadman.-** It is not new.
11

12 **M. le Président.-** We will--we will discuss that over lunch, and then we will decide
13 what we will do.

14 But I can tell you, I'm surprised also, to have a paper which is--which brings
15 new argumentations on English and Welsh law.

16 We will break for lunch, and we will let you know--we will break for lunch now.
17

18 **Me Cadman.-** When you consider.

19
20 **M. le Président.-** No, we will break for lunch. 10 to 3:00, we will be back. Okay.
21 Thank you.
22

23 **Me Gehring.-** (...)
24

25 **M. le Président.-** During the break, we will even understand each other and deliberate
26 whether we will have a look or not and we will give you our opinion what we did, what
27 we want to do, and if we decide that we will look, we will look and we will give you the
28 decision and the reason for the Decision after the break. Okay?

29 **Dr Garcés.-** La question n'est pas nouvelle. Nous avons produit dans notre
30 Mémoire et la Réponse, la question que vous avez posée : est-ce que les deux
31 arbitres, MM. Berman et Veeder, pouvaient révéler ces rapports, les rapport avec l'État
32 du Chili, première question.

33
34 Deuxième question : est-ce qu'ils devaient les révéler?

35
36 Troisième question : en fonction de la première et deuxième réponse, quelles sont les
37 conséquences ?

38
39 Ce sont les trois questions que vous avez posées. Et il y a eu une première réponse
40 dans notre Réplique. Et il y a le développement actuel.

41
42 Ce qui a été communiqué par écrit, il aurait pu le communiquer verbalement, mais on a
43 considéré que c'était mieux pour la défense de l'autre Partie qu'il l'avance par écrit.

44

1 Nous n'avons pas voulu vous surprendre avec le développement de ce qui a été déjà
2 manifesté par écrit et avec sa signature. Parce que nous avons joint un texte signé par
3 lui dans notre Mémoire.⁶

4
5 **M. le Président.-** Let us think about it. If you think about it, it's not--it's not the
6 moment to bring arguments to us without us having deliberated first. Thank you very
7 much. So, 5 to 3:00. Thank you.

8

9 *-L'audience, suspendue à 13 h 56, est reprise à 15 heures.)*

10

11 **M. le Président.-** Okay. We will resume our Hearing.

12 First of all, let me tell you that the Committee has decided, after
13 deliberation, that it does not want to read the paper, and we want to return it.

14 We have scribbled--some of us have scribbled on the first page, but we
15 have noted it is only--I noted, for instance, the paragraphs that we should read
16 if--if we wanted to read it, but we didn't read it at the end.

17 And, so, we prefer to give it all back to you. That does, of course--thank
18 you very much.

19 Because the easiest thing is, of course, you look into Procedural Orders,
20 and we have looked into the Procedural Order Number 1 and then we have
21 realized that the Procedural Order Number 1 says that pleadings have to be
22 made according to a certain calendar, and that calendar is, of course, not
23 respected by this.

24

25 And we all understood, including from your remarks, that these are not
26 demonstrative exhibits, but it is a summary of reasoning, which does not
27 correspond anymore to the calendar.

28

29 That does not exclude that you will present arguments which are on file,
30 and you--but there are arguments on file, and you have to refer to these
31 arguments, and then we will see how it goes.

32

33 Thank you very much. Is that understood?

34

35 Now, we have--you have twice 90 minutes left plus 36 minutes, and we
36 wanted to go to the--a little less than two hours to the next coffee break, and
37 please take this into consideration when you present the case.

38

39 Now, the problem is that I don't see you--I mean, I see you vaguely but
40 because--and since I don't have my glasses, I don't find the glasses, of
41 course.

42

43 (Pause.)

44

45 **M. le Président.-** You have two hours to go.

46 Please go ahead. It's your floor.

⁶ Pièce C313. Mr. Toby CADMAN, *Advise on Victor Pey Casado v Chile*, 18 octobre 2018

1

2 **Dr Garcés.-** Monsieur le Président, Madame et Monsieur les arbitres, nous avons,
3 surtout dans la Requête initiale d'arbitrage, nous avons indiqué qu'il y a eu un biais
4 systématique tout au long de la Sentence de resoumission. Nous n'allons pas répéter
5 ce qui a déjà été écrit parce que, bien entendu, vous l'avez lu et vous nous avez
6 rappelé que... mais tout de même, nous avons souhaité montrer cette dimension du
7 biais avec quatre exemples, que nous avons distribués ce matin sous la forme d'un
8 tableau.

9

10 **Me H. Garcés.-** Cela n'a pas été distribué.⁷

11

12 **Dr Garcés.-** Ah, bon. J'ai confondu avec les autres commentaires qui ont été
13 distribués. Ce sont mes notes que j'ai devant les yeux. Elles concernent certains
14 éléments juridiques, concepts juridiques et légaux qui figurent dans la sentence
15 arbitrale et qui sont des prémisses du raisonnement de la Sentence, dont, les
16 prémisses, sont soit inexactes soit inexistantes. Ce qui nous amène à soutenir, à
17 soumettre, que dans la bien connue référence que l'autre Partie, souvent, invoque,
18 provenant de la décision sur l'annulation de l'Affaire *MINE vs Guinea*, l'autre Partie cite
19 souvent cette phrase, qui est très bien connue :

20

21 *"In the Committee's view, the requirement to state reasons is satisfied as long as*
22 *the award enables one to follow how the tribunal proceeded from Point A. to Point*
23 *B. and eventually to its conclusion, even if it made an error of fact or of law."*

24

25 (Début inaudible.) Mais cette citation est toujours reproduite de manière incomplète,
26 parce qu'elle se termine par une phrase qui contrôle tout le reste de la phrase :

27

28 *"This minimum requirement is in particular not satisfied by either contradictory or*
29 *frivolous reasons."*

30

31 C'est la fin de la phrase du paragraphe 5.09 de *Mine v. Guinea, Decision on*
32 *Annulment*, du 25 septembre 2017⁸. -

33

34 Nous allons essayer de vous montrer comment le raisonnement de la Sentence
35 arbitrale en allant du point A au point B. Et là encore des contradictions qui la rendent
36 comme..., un défaut de motifs au sens de l'article 52(1)(e) et qui..., résultat : c'est le
37 biais manifeste de la Sentence.

38

39 Alors je vais vous inviter à prendre la Sentence de resoumission et à aller sur le
40 paragraphe 42, qui dit ce qui suit.

⁷ [Il s'agit de la pièce démonstrative 2, « *Le défaut de motifs de la Sentence de resoumission (art. 52(1)(e) de la Convention) consiste en ce que la Sentence est fondée sur des prémisses que le Tribunal lui-même a déclaré erronées dans sa Décision du 6 octobre 2017, et/ou des prémisses imaginaires, qui démontrent le biais manifeste* », distribuée lors de la session du 14 mars 2019.

⁸ Pièce C129 de la procédure en resoumission

1

2 Vous voyez dans ce paragraphe d'importance capitale :

3 « *Les arguments de la Demanderesse peuvent être divisés en deux grandes*
4 *catégories* ».

5

6 Je passe à la deuxième catégorie :

7

8 « *Ceux dont l'objet est de déterminer **la nature** [...] des dommages-intérêts dus au titre*
9 *du déni de justice* ».

10

11 Cette prémisse amène au point B, ou plutôt au point A'. C'est le paragraphe 177. Il est
12 dit :

13

14 « *Ce qui peut donner lieu à de nouveaux débats à la demande des Demanderesses,*
15 *c'est **la nature** de la compensation qui leur est due... ».*

16

17 Le Tribunal de resoumission, donc, est conscient qu'il ne peut pas traiter de la nature
18 de la compensation s'il n'est pas invité par les Demanderesses.

19 Or, les Demanderesses n'ont pas invité le Tribunal à considérer la nature de la
20 compensation.

21 Donc la prémisse A est une prémisse inexistante et nous la considérons biaisée car le
22 développement de la prémisse A, c'est le paragraphe 177 où il se considère invité par
23 les Demanderesses.

24

25 Le point B d'arrivée de ce raisonnement c'est toute une série de paragraphes dont
26 j'attire votre attention sur le 178 qui, par la suite, a un développement dans les 179,
27 199, en 202, 215, 230, 232 et c'est l'un des fondements des points 2 à 6 du dispositif
28 lui-même.

29

30 Qu'est-ce que le paragraphe 178 affirme ?

31 « *Devant ce Tribunal, les seules questions qui font encore l'objet d'un 'différend' entre*
32 *les Parties dans la présente procédure de nouvel examen [...] est **la nature** de la*
33 *compensation due* ».

34

35 Voilà donc comment le Tribunal a introduit dans la sentence un différend qui n'a pas
36 été soumis par les Demanderesses. Pour nous, cela constitue une manifestation de
37 biais et, par conséquent, un manquement de motif en rapport avec la lettre e) de
38 l'article 52 de la Convention.

39

40 Un deuxième exemple de la même nature. Vous allez s'il vous plaît au paragraphe 61,
41 où se trouve la prémisse A suivante :

42

43 « *L'élément de... ».*

1

2 **M. le Pr Angelet.-** Excusez-moi, Me Garcés. Comme vous changez parfois de
3 décision, si vous pouviez d'abord mentionner la décision à laquelle vous faites
4 référence avant le paragraphe, cela m'aiderait à suivre. Excusez-moi, merci.

5

6 **Dr Garcés.-** Merci beaucoup. C'est toujours la Sentence de resoumission. Je suis en
7 train de montrer à quel point la structure interne de cette Sentence est biaisée parce
8 qu'elle est fondée sur des prémisses qui n'existent pas ou qui ont été fabriquées par le
9 Tribunal de resoumission.

10

11 Je passe donc maintenant au second exemple, toujours dans la Sentence, le
12 paragraphe 61 :

13

14 « [Les Demanderesses] ...font valoir que, tout au contraire, le paragraphe 78 de la
15 Sentence Initiale montre simplement qu'à la connaissance du Tribunal Initial, la validité
16 du Décret n° 165 n'avait jamais été mise en question devant les tribunaux chiliens ».

17

18 Cette prémisse A trouve son développement logique dans le paragraphe 197, toujours
19 de la Sentence de resoumission, où la Sentence affirme que :

20

21 « [M. Libedinsky] ... a déclaré, en substance, ... que le Demandeur n'a pas demandé
22 de déclaration de nullité dans l'affaire de la rotative Goss ... ».

23 C'est-à-dire au paragraphe 61, la Sentence nous dit que la validité du décret n'avait
24 jamais été mise en question devant les tribunaux chiliens et cela ouvre la voie au
25 paragraphe 197, où Libedinsky affirme que le Demandeur n'a pas demandé de
26 déclaration nullité dans l'affaire Goss devant le Tribunal de Santiago.

27

28 **M. le Président.-** Mr. Garcés. Just one question. This paragraph was rectified at
29 your request; right?

30

31 **Dr Garcés.-** Voilà

32

33 **M. le Président.-** And you say now the valid Tribunal made the rectification--after the
34 rectification, it should say "by the Chilean"-

35

36 **Dr Garcés.-** C'est ce que j'allais vous expliquer.

37

38 **M. le Président.-** Ah, OK.

39

40 **Dr Garcés.-** C'est-à-dire...

41 **Mme Kirkpatrick, court reporter.-** Un seul à la fois. Sinon, les interprètes ne peuvent
42 pas suivre.

43

1 **Dr Garcés.-** C'était justement cela ce que j'allais remarquer , que la prémisse du
2 paragraphe 197, c'est le paragraphe 61. Et ce paragraphe 61, le Tribunal de
3 resoumission a reconnu lui-même que c'était une erreur. Par conséquent, donc, la
4 prémisse du 197 est une contradiction manifeste, qui a dû être rectifiée, mais s'il n'y
5 avait pas eu de demande de rectification, la contradiction serait consommée.

6

7 Un troisième exemple du raisonnement toujours interne de la Sentence,
8 paragraphe 66, toujours Sentence de resoumission :

9

10 *« Les Demanderesses soutiennent que le prétendu abandon par M. Pey Casado, ou la*
11 *prétendue élimination par la Défenderesse du jugement du 24 juillet 2008 et de son*
12 *dossier judiciaire des archives du Tribunal de Santiago, sont sans incidence sur le déni*
13 *de justice résultant de l'absence de décision dans l'affaire de la rotative Goss, qui a été*
14 *consommé par la Sentence Initiale du 8 mai 2008 ».*

15

16 Bien sûr, il y a là, le tribunal l'a reconnu, une erreur. C'est nous qui l'avons signalée
17 parce qu'il a remplacé la préposition « depuis » par « par la Sentence Initiale ».

18 Mais si vous faites abstraction de la rectification, comme si elle n'avait pas eu lieu,
19 vous trouverez que le développement logique du paragraphe 66 se trouve dans le
20 paragraphe 197.

21

22 Le paragraphe 197 est la suite du paragraphe 66 lorsqu'il met dans la bouche de
23 l'expert, M. Libedinsky, 197 :

24 *« Celui-ci a déclaré, en substance, qu'il est plus exact de dire que la nullité absolue*
25 *d'un décret-loi exige une décision judiciaire à cet effet, que, en tout état de cause, [...]*
26 *une telle déclaration de nullité ne peut pas être déduite des termes du jugement du*
27 *Tribunal de Santiago de 2008 dans cette affaire. [...] Le Tribunal [de resoumission],*
28 *pour sa part, reconnaît le bon sens de l'explication, donnée par le Dr Libedinsky ».*

29

30 Il y a ici, donc, en prenant la version originale de la sentence, une contradiction. Dans
31 le contre-interrogatoire du 14 avril 2015, M. Libedinsky a reconnu le contraire de ce
32 que lui attribue la Sentence de resoumission.

33

34 Il a reconnu, c'est dans la transcription du 14 avril 2015 qui a été l'objet de ces
35 modifications de la part de l'État défendeur, il dit littéralement, M. Libedinsky,

36

37 *« que le juge, à cet endroit [au neuvième considérant du jugement interne], en est venu*
38 *à faire référence à l'exception de prescription qui avait été opposée par la*
39 *Défenderesse [c'est-à-dire, l'État], et à sanctionner ou à estimer qu'il incombait de*
40 *sanctionner par la nullité de droit public ladite situation qui serait contraire à la*
41 *Constitution et à des lois de la République ».*

42

43 Il y a donc une double contradiction entre le paragraphe 66, rectifié, mais s'il n'avait
44 pas été rectifié, le 197 prendrait tout son sens. Mais, bien entendu, étant donné qu'il a
45 été rectifié, maintenant, il y a une contradiction entre le paragraphe 66 et le 197. La
46 logique interne a été brisée par la rectification.

1

2 Un dernier exemple qui avance un peu ce que l'on va, le moment venu après demain,
3 dans la réponse à votre question relative au paragraphe 198 de la Sentence de
4 resoumission, la prémisse...

5

6 **Mme Kirkpatrick, court reporter.**- *Excuse me. Have we lost the interpretation ? I did*
7 *not hear what Mr. Garcés said. There was no interpretation that came through.*

8 (Comments off microphone.)

9

10 **Dr Garcés.**- Oui. C'est encore un exemple de la structure interne du raisonnement du
11 point A au point B dans la Sentence de resoumission.

12 Cela marche ? Vous m'entendez maintenant ? Cela va ?

13

14 **Mme Kirkpatrick, court reporter.**- Yes.

15

16 **Dr Garcés.**- Cela va.

17 **Mme Kirkpatrick, court reporter.**- *I can hear the interpreter now.*

18

19 **Dr Garcés.**- Très bien.

20 Donc je parle toujours de la structure avant la rectification parce que, finalement, c'est
21 grâce à nous que cette demande de rectification a été introduite.

22 Le paragraphe 198, c'est la prémisse A. Je cite :

23 « Si la prétendue nullité de **la décision n° 43** au regard du droit chilien avait
24 effectivement une importance décisive, la conséquence en serait certainement que
25 l'investissement est, en droit, resté la propriété de M. Pey Casado ou/et de la
26 Fondation --et le recours [c'est la phrase clé ici] à ce titre pourrait relever de la sphère
27 domestique, mais clairement pas du présent Tribunal dans le cadre de la présente
28 procédure de nouvel examen. »

29

30 Cette prémisse A, dans le raisonnement, est poursuivie à la phrase suivante du même
31 paragraphe 198 :

32

33 « Conclusions des Demanderesses.

34 [1] « Le Tribunal initial a conclu **à tort** que la confiscation était exclue ratione temporis
35 du champ d'application du TBI » [de l'accord de protection des investissements, en
36 vigueur depuis le 23 mars 1994].

37 [2] « Ce qui a constitué en fait (sinon dans la forme) la confiscation est intervenue avec
38 **la décision n° 43.** »

39

40 Vous voyez donc la prémisse de la phrase : « Ce qui a constitué en fait (sinon dans la
41 forme) la confiscation est intervenue avec **la décision n° 43.** »

42 Et cette référence, ce renvoi à la décision n° 43, se trouve dans le paragraphe
43 antérieur :

1 « Si la prétendue nullité de **la décision n° 43** au regard du droit interne avait
2 effectivement une importance décisive... »

3

4 Donc la prémisse du point B, la prémisse A, est une prémisse inexistante. Elle a été
5 fabriquée, et rectifiée après la décision de rectification.

6

7 Et, toujours dans le même paragraphe 198, le point C, le cheminement A-B et B à C.
8 Je lis :

9 « Les Demanderesses n'ont subi aucun dommage (...) en raison de **la décision n° 43**,
10 car les Demanderesses n'auraient pas pu bénéficier d'un processus d'indemnisation
11 auquel elles avaient délibérément et explicitement choisi de ne pas participer (en
12 raison de la clause d'option irrévocable (fork-in-the road) du TBI). (...) la cause
13 immédiate du dommage était constituée par leurs propres actes, rompant ainsi le lien
14 de causalité. »

15

16 C'est-à-dire, le point d'arrivée C a comme point de départ A : **la décision n° 43**. Par
17 conséquent, si le point de départ A est faux, parce qu'il a été rectifié, le point
18 d'arrivée C est également sans appui. Logiquement, ils entrent en contradiction.

19

20 Mais cette contradiction est apparue grâce à la rectification. Autrement, si vous ne
21 tenez pas compte de la rectification, la logique du paragraphe de la prémisse A, B et C
22 est parfaite.

23 Et ces prémisses A, B et C amènent à la conclusion D, qui se trouve dans le
24 paragraphe 232. Je lis :

25

26 « Le Tribunal ne pouvait clairement pas permettre que la demande initiale [de 1997]
27 fondée sur la confiscation soit de nouveau soumise de manière détournée sous
28 couvert d'une violation du traitement juste et équitable subie plusieurs années plus
29 tard [la Décision 43 de 2000]; cela ne pouvait pas être justifié ni en fait ni en droit, et
30 était en tout état de cause formellement exclu par l'effet combiné de la Sentence
31 initiale et de la Décision sur l'annulation. »

32

33 La demande fondée sur la confiscation est introduite en catimini dans la demande de
34 resoumission -- Paragraphe 232.

35 La prémisse se trouve dans le 198 :

36

37 « Si la prétendue nullité de **la décision n° 43** au regard du droit chilien... »,

38

39 c'est la confiscation... Il y a donc une logique parfaite entre le 198 non rectifié et le
40 paragraphe 232.

41

42 Mais, les prémisses A, B et C étant inexactes, la conclusion à laquelle parvient
43 la Sentence dans le paragraphe 232, logiquement, est également inexacte.

44

1 Donc la conclusion de ces exemples – on pourrait en trouver d'autres, mais je ne veux
2 pas vous fatiguer – c'est qu'il y a des contradictions insurmontables dans la Sentence
3 qui évoquent le paragraphe de *MINE vs Guinea* :

4

5 « *This minimum requirement [point A to point B] is in particular not satisfied by either*
6 *contradictory or frivolous reasons.* »

7

8 Et notre impression est qu'une Sentence rédigée par de si éminents arbitres, avec une
9 telle expérience, il est difficilement concevable une logique tellement correcte et serrée
10 mais sur des bases inexactes.

11

12 Nous pensons qu'il y a là un biais manifeste. Ils ont créé la prémisse fausse,
13 inexistante, pour justifier le passage au point B, au point C et au point D.

14

15 Maintenant, avec votre permission, je passe la parole à Me Alexandra Muñoz pour
16 évoquer un autre sujet à propos duquel vous avez demandé des explications. Merci.

17 (Comments off microphone.)

18

19 **M. le Président.**- You don't even need my permission

20

21 **Me Muñoz.**- Merci, Monsieur le Président.

22 Je vais évoquer maintenant devant vous la question du fondement d'annulation qui
23 concerne le défaut apparent d'indépendance et d'impartialité de deux membres
24 du Tribunal de resoumission, M. Sir Berman et M. Veeder.

25

26 Le doute concernant l'indépendance et l'impartialité réside dans les liens significatifs et
27 constants, semble-t-il, existant entre la République du Chili et
28 les *Essex Court Chambers* auxquelles appartiennent deux arbitres, M. Berman et
29 M. Veeder. De cet ensemble de faits, nous tirons deux motifs d'annulation, qui sont le
30 vice dans la constitution du Tribunal arbitral et une inobservation grave d'une règle
31 fondamentale de procédure.

32

33 Certains faits sur ce sujet ne sont contestés par aucune des Parties, si je ne me
34 trompe pas. Et, notamment, il n'est pas contesté que la République du Chili a été
35 représentée à de multiples reprises par des *barristers* qui faisaient partie
36 des *Essex Court Chambers* au cours de la dernière décennie.

37

38 Pour être clairs, nous ne soutenons pas que ni M. Veeder ni M. Berman n'ont
39 représenté le Chili dans une quelconque de ces procédures. Ce sont des procédures
40 parallèles qui ont eu lieu, soit avant, soit pendant, soit qui ont continué encore après.

41

42 Il n'est pas contesté que M. Berman et M. Veeder ont bien indiqué, lors de leur
43 nomination, qu'ils appartenaient aux *Essex Court Chambers* tous les deux. Mais il n'est
44 pas non plus contesté que ni M. Veeder ni M. Berman ont indiqué aux Parties – et
45 au Centre non plus, d'ailleurs – que d'autres membres des *Essex Court Chambers*

1 étaient intervenus ou intervenaient encore en tant que représentants du Chili dans
2 d'autres procédures.

3

4 Ces faits posent un certain nombre de questions et je vais, pour ma part, traiter
5 quelques-unes d'entre elles et, pour le reste, Me Cadman prendra la parole.

6

7 Je vais d'abord traiter de la question de la compétence du Comité pour trancher cette
8 question du défaut d'indépendance et d'impartialité de deux de ces arbitres, qui n'a pas
9 été traitée de manière très détaillée parce qu'il me semblait qu'il était utile de faire le
10 parallèle avec la situation.

11

12 Replaçons assez rapidement, à grands traits, les éléments de fait dans le contexte,
13 plutôt les arguments dans leur contexte.

14

15 Comme je l'ai dit, ni M. Berman ni M. Veeder n'ont signalé, au moment de leur
16 désignation, ni de leur confirmation ni pendant la procédure, qu'il y avait d'autres
17 membres des *Essex Court Chambers* qui représentaient la République du Chili.

18

19 La République du Chili n'a pas signalé non plus cette information. Elle n'a informé ni
20 l'autre Partie, ni le Centre, ni les arbitres de cet élément. Les Demanderesses ont eu
21 connaissance de cette information après la reddition de la Sentence
22 du 13 septembre 2016. Un article de presse, qui est la Pièce C-291, fait mention d'un
23 travail secret entre la République du Chili et certains avocats
24 des *Essex Court Chambers*, depuis plusieurs mois, sur un sujet de détermination de
25 frontière au niveau de la rivière Silala – si je ne me trompe pas.

26

27 Néanmoins, il y a eu une procédure de correction pour erreurs matérielles, dont la
28 plupart ont été accueillies favorablement, qui a été engagée, et c'est dans ce cadre
29 qu'une procédure en récusation des deux arbitres a été initiée par les Demanderesses
30 sur le fondement de l'article 57. Et cette procédure a été traitée dans une décision par
31 le Président du Conseil administratif du CIRDI et non pas par les autres membres du
32 Tribunal, puisque la récusation concernait deux des membres du Tribunal.

33

34 Par cette décision du 21 février 2017 – qui est dans la procédure – le Président ne s'est
35 pas prononcé sur le point de savoir si, oui ou non, il existait un défaut apparent
36 d'indépendance ou d'impartialité. Il a simplement considéré que les Demanderesses
37 étaient irrecevables à faire valoir cet argument car elles ne l'avaient pas fait valoir à
38 bref délai – j'y reviendrai.

39

40 Je démontrerai que non seulement les parties Demanderesses ont initié la procédure à
41 bref délai, dès qu'elles ont été informées de l'existence de ces liens, mais que vous
42 êtes – vous, membres du Comité *ad hoc* – compétents pour statuer de nouveau – si on
43 peut dire ainsi, puisqu'en réalité, personne n'a jamais statué sur le point de savoir s'il
44 existait un défaut apparent d'indépendance et d'impartialité de ces deux arbitres. Je
45 considère, et je vous expliquerai pourquoi vous êtes compétents pour trancher cette
46 question.

47

1 S'agissant de cette compétence, plusieurs sujets se posent.

2

3 D'abord, les conditions d'application des motifs d'annulation de l'article 52. S'agissant
4 de la question de l'indépendance et de l'impartialité des arbitres, deux motifs sont
5 régulièrement soulevés – et portent sur ce sujet-là – que sont le 52(1)(a), vice dans la
6 constitution du Tribunal arbitral, et le 52(1)(d), qui est une violation grave d'une règle
7 de procédure fondamentale.

8

9 Sur ce motif- là en particulier – ça a été abordé ce matin –, je ne m'attarderai pas. Je
10 pense qu'il est suffisant de dire qu'il faut identifier une règle fondamentale de
11 procédure, qu'il y ait une violation et qu'il y ait un caractère grave de cette violation.

12

13 Je crois qu'il n'y a aucun doute autour de cette assemblée pour dire que l'impartialité et
14 l'indépendance des arbitres constitue une règle fondamentale de procédure pour que
15 les Parties soient entendues par des arbitres indépendants et impartiaux.

16

17 Ça a, d'ailleurs, été clairement relevé par le Comité *ad hoc* dans l'Affaire *EDF*, qui est
18 la Pièce 103, et dans laquelle le Comité dit : « *Il paraît difficile qu'il existe une règle
19 plus fondamentale que celle d'être entendu par un tribunal indépendant.* »

20

21 Je m'arrêterai donc là sur ce sujet.

22 En revanche, l'article 52(1)(a) pose une difficulté plus importante, puisqu'il y a de
23 nombreux débats sur le point de savoir quel est le champ d'application de ce motif
24 d'annulation.

25

26 On relèvera d'abord que, comme nous l'avons écrit, cet article ne précise pas en réalité
27 ce qu'il faut entendre par un « vice dans la constitution du Tribunal ». Il ne le précise
28 pas, mais il ne restreint pas non plus ce qui constitue un vice.

29

30 On peut évacuer très vite les questions qui ne font pas débat, et qui sont les questions
31 qui touchent, on va dire, à la méthode de constitution du Tribunal, et le point de savoir
32 est-ce qu'un arbitre répond à la question notamment de la nationalité, ou est-ce que
33 l'accord des Parties sur la désignation du Tribunal a été véritablement suivi.

34

35 Je pense que ça ne pose pas de difficultés sur le fait que ça constitue bien un vice
36 dans la constitution du Tribunal, mais ce n'est pas le sujet là.

37

38 En revanche, c'est une question qui se pose pour la nomination de M. Mourre, et sur
39 laquelle je reviendrai plus tard.

40

41 En revanche, sur les autres situations, il y a eu de nombreux débats.

42

43 Si l'on prend les travaux préparatoires de la Convention – et nous avons fourni des
44 extraits, notamment la Pièce C-17 –, on peut noter que, selon le vice-secrétaire de la

1 convention, cet article avait vocation à viser un grand nombre de situations, puisqu'il
2 dit – je cite en anglais :

3

4 « (...) *the expression 'not properly constituted' was intended to cover a variety of*
5 *situations such as, for instance, absence of agreement or invalid agreement between*
6 *the parties, the fact that the investor was not a national of a Contracting State, that a*
7 *member of the Tribunal was not entitled to be an arbitrator (...) »*

8 « *a member of the Tribunal was not entitled to be an arbitrator* »

9

10 Ce n'est pas seulement une question de nationalité ou une question de la manière de
11 procédure avec laquelle l'arbitre a été nommé. C'est, d'ailleurs, la position que le
12 Pr Schreuer, quand il commente la convention CIRDI, retient, puisque lui-même dit – et
13 là, je cite une Pièce qui a été communiquée par la Partie adverse, RALA 6,
14 paragraphe 122 – :

15

16 « *Questions concerning the tribunal's proper constitution might arise from*
17 *dissatisfaction in the manner in which challenges to arbitrators and alleged conflicts of*
18 *interest have been handled. »*

19

20 Il semble donc dire qu'effectivement, la question de l'indépendance et de l'impartialité
21 d'un arbitre tombe sous couvert de l'article 52(1)(a).

22

23 Les quelques décisions de Comités *ad hoc* qui ont eu à trancher de ces questions –
24 pas tant que ça – et qui ont été discutées entre les Parties, force est de constater
25 qu'elles n'ont pas eu toutes la même position, elles n'ont pas décidé toutes dans le
26 même sens.

27

28 Deux écoles ; on va faire simple et on verra dans le détail ensuite.

29

30 La première école sur laquelle s'appuie la Défenderesse, qui sont les affaires *Azurix* et
31 *l'Affaire Ol European Group*. Les deux décisions sont dans la procédure : RALA 16
32 pour la décision *Azurix* et 68 pour l'autre décision. Et, selon ces Comités *ad hoc*, un
33 Comité n'est pas compétent pour connaître de la question de l'indépendance et de
34 l'impartialité d'un arbitre. Ils considèrent que l'article 52(1)(a) ne permet de s'intéresser
35 qu'à la manière dont le Tribunal a été constitué.

36

37 Nous considérons, pour notre part, que cette position – qui est très restrictive – n'est
38 pas dictée par la Convention elle-même – je l'ai dit –, et surtout, elle limite le rôle d'un
39 Comité et notamment le prive de son rôle – qui a été mentionné ce matin par le
40 Pr Howse – qui est de gardien de l'intégrité de la procédure et du système CIRDI dans
41 son intégralité.

42

43 Et c'est justement en statuant sur cette intégrité de la procédure que les Comités, dans
44 *Vivendi* et dans *EDF*, ont considéré que l'article 52(1)(a) leur donnait pouvoir de
45 trancher à nouveau la question de l'indépendance et de l'impartialité d'un arbitre.

1

2 Alors, il est vrai que dans Vivendi 2, l'explication est assez légère – de pourquoi ils ont
3 le droit, ils disent simplement : « J'ai le droit de le faire ! »

4

5 En revanche, dans *EDF International*, qui est la Pièce C-103, le Comité va plus loin et
6 explique pourquoi il considère qu'il est compétent à ce titre ; et je cite, en anglais :

7

8 « *The Committee therefore concludes that the fact that an arbitrator does not meet the*
9 *standard required under Article 14(1) (...) is also a ground on which an award might be*
10 *annulled under Article 52(1)(a). »*

11

12 C'est exactement le même raisonnement qui a été suivi dans l'Affaire *Suez*, et c'est la
13 Pièce C-109 ; et c'est encore le même raisonnement qui a été suivi dans l'Affaire à
14 nouveau *Suez Interagua*, qui est la pièce récente qui a été communiquée, la décision
15 du 14 décembre 2018, qui est la Pièce CL-416.

16 Nous considérons que de ces quatre décisions peut être déduit, par principe, que rien
17 ne s'oppose à la compétence du Comité *ad hoc* pour se prononcer sur l'indépendance,
18 ou plutôt le défaut apparent d'indépendance et d'impartialité de deux des arbitres du
19 Tribunal arbitral de re-soumission.

20

21 Alors, il est vrai que dans EDF, le Comité *ad hoc* distingue deux situations : une
22 situation dans laquelle aucune décision n'a été rendue sur le sujet, parce que les faits
23 n'étaient pas connus des Parties au moment... enfin, avant que la Sentence ne soit
24 rendue ; et une situation dans laquelle les arbitres restants ont rendu une décision sur
25 l'impartialité.

26

27 Dans le premier cas, c'est-à-dire lorsqu'aucune décision n'a été rendue dans le cadre
28 de la procédure avant la Sentence, le Comité considère qu'il a tout loisir pour statuer
29 de nouveau, sous réserve – bien entendu – de la recevabilité de la demande qui est
30 faite de récusation, c'est-à-dire qu'elle était faite dans le bref délai de l'article 9.1 du
31 règlement d'arbitrage, et de l'article 27.

32

33 En revanche, dans le second cas, lorsque la décision a déjà été rendue par les arbitres
34 restants, en application de l'article 57, les Comités *ad hoc* considèrent qu'ils sont
35 néanmoins compétents pour trancher la question du défaut apparent d'indépendance
36 et d'impartialité, dès lors que la décision qui a été prise par les arbitres restants, et je
37 cite en anglais – parce que c'est plus simple – :

38

39 « (...) *is so plainly unreasonable that no reasonable decision-maker could have come*
40 *to such a decision. »*

41

42 Une fois qu'on a rappelé cela, on peut se poser la question de savoir si, du fait de la
43 décision – et c'est la question que vous posiez dans votre courrier du 19 février – du
44 fait de la décision du 21 février 2017, qui n'a pas été rendue – comme je l'ai dit tout à
45 l'heure – par des arbitres restants mais par le président du Comité administratif, est-ce
46 que le Comité a le pouvoir de trancher à nouveau cette question ?

1

2 Nous considérons que la réponse à cette question est clairement affirmative.
3 Pourquoi ?

4

5 Encore une fois, rien dans les termes de la convention ne permet de restreindre ce
6 pouvoir.

7

8 Deuxièmement, nous considérons que la situation dans laquelle nous nous trouvons
9 aujourd'hui est différente de la situation qu'ont eu à connaître les Comités *ad hoc* dans
10 EDF et dans Suez – dans les deux affaires Suez – puisque là encore – ce que j'ai déjà
11 dit – dans ces affaires-là, les arbitres restants ont eu à se prononcer sur le fond de
12 l'indépendance.

13

14 Or, ce n'est pas le cas pour nous. Le Président du Conseil administratif ne s'est pas
15 prononcé sur le défaut d'impartialité ou d'indépendance, dans sa décision
16 du 21 février 2017.

17

18 Alors, est-ce que ça permet juste de dire : on écarte ou l'on ne tient pas compte de
19 cette décision ? Peut-être pas. Néanmoins, on peut se poser la question.

20

21 Tout d'abord, quand on prend les décisions des Comités *ad hoc* dans EDF et Suez,
22 l'une des raisons qui ont conduit les Comités à trancher en ce sens-là, c'est-à-dire un
23 pouvoir limité, était de dire : nous n'avons pas, nous, en tant que Comité *ad hoc*, de
24 pouvoir... nous ne sommes pas un organe d'appel. Nous ne pouvons pas revoir la
25 décision qui a été rendue sur le fond par les arbitres.

26 La décision du Président du Comité administratif n'est pas une Sentence, n'est pas une
27 décision d'arbitre. Déjà, en soi, on peut se demander si ça devrait... ça ne devrait pas
28 changer la position qui est celle qui a été adoptée.

29

30 En outre, si l'on devait considérer que parce que le président du Conseil administratif a
31 rendu une décision disant que la demande des Demanderesses est irrecevable, vous
32 empêchait de vous reposer la question, on donnerait, finalement, un pouvoir plus
33 important au Président du Conseil administratif qu'aux arbitres eux-mêmes. C'est-à-
34 dire que vous ne seriez pas en capacité de revoir cette décision du Président du
35 Conseil administratif alors que les Comités *ad hoc* dans EDF et Suez considèrent qu'ils
36 ont la capacité de revoir la décision dans certaines conditions, notamment si elles sont
37 déraisonnables, de revoir la décision qui a été prise par les arbitres restants.

38

39 Nous considérons, par ailleurs, qu'en réalité cette décision est une décision
40 administrative. Alors, je sais bien que l'on n'aime pas faire de parallèle entre les
41 procédures en droit des investissements et les procédures d'arbitrage commercial.
42 Mais, en arbitrage commercial, notamment institutionnel, vous avez nombre de
43 décisions qui sont rendues par les institutions, notamment sur la récusation des
44 arbitres, et c'est ça qui va déterminer si vous avez réagi suffisamment tôt ou pas dans
45 une procédure, est-ce que vous avez soulevé les faits qui donnent droit à la récusation
46 suffisamment tôt dans la procédure ; en revanche, la Cour qui est saisie de l'annulation

1 de la Sentence, n'est pas liée par la décision qui aura été rendue par l'institution
2 administrative sur ce sujet-là.

3

4 On se demanderait pourquoi, finalement, les membres d'un Comité *ad hoc* dans
5 l'institution CIRDI n'auraient pas le même pouvoir. En tout état de cause, si vous
6 deviez considérer que votre pouvoir est limité par la décision du Président du Comité
7 administratif, nous considérons que cette limite doit être la même que celle qui a été
8 retenue par les Comités dans EDF et dans Suez, c'est-à-dire que, dès lors que la
9 décision du Président du Comité administratif est déraisonnable, « *so plainly*
10 *unreasonable that no reasonable decision-maker could have come to such a*
11 *decision* », doit être appliquée.

12

13 Et je vous démontrerai que la décision qui a été prise, en l'occurrence par le président
14 du Comité administratif en février 2017, est « *plainly unreasonable* ».

15

16 **M. le Président.**- I read EDF and Suez in this sense, that they said either it is two
17 Arbitrators who will decide this question or, if it's the Chairman of the Administrative
18 Council, the same principle should apply.

19 I mean, what you're saying there is-- I have understood that's also maintained
20 by the Annulment Committees in EDF and Suez. Isn't that so?

21

22 **Me Muñoz.**- Ce que j'ai dit c'est que la situation factuelle est différente. Le Comité a dit
23 ça, je suis d'accord, mais la situation dans les deux affaires, ce sont bien les arbitres
24 restants qui ont rendu – si je ne me trompe pas, mais on va vérifier – ce sont bien les
25 arbitres qui ont rendu cette décision. Ce n'est pas le Président.

26 Alors, je suis d'accord que, dans – je crois que c'est EDF, effectivement – le Comité
27 considère que les deux seraient la même.

28

29 **M. le Président.**- OK. *Thank you.*

30 **M. le Pr Angelet.**- J'ai très bien suivi votre exposé. Je n'ai pas encore entièrement
31 compris comment ça s'appliquerait, les principes que vous énoncez s'appliqueraient à
32 l'exercice de notre compétence. C'est-à-dire qu'il me paraît que, si nous devons juger
33 de toutes ces questions de nouveau, est-ce que nous ne serions pas amenés, tout
34 d'abord, à déterminer si, oui ou non, vous aviez soulevé la question « *in a timely*
35 *fashion* », de manière... à temps, excusez-moi... de telle manière que nous en
36 arriverions à, d'abord, déterminer si oui ou non... si... excusez-moi... si le *chairman*, si
37 le Président du conseil administratif avait pris une décision manifestement
38 déraisonnable en considérant que l'objection était tardive, n'est-ce pas, et alors
39 ensuite, si c'est déraisonnable, le Comité nécessairement est amené à analyser si les
40 arbitres étaient indépendants et impartiaux, mais si, en revanche, nous considérons
41 que la question a été soulevée de manière tardive, nous n'y arrivons pas de toute
42 façon non plus.

43 Est-ce que je m'exprime... Non, je ne m'exprime pas très clairement.

44

45 **Me Muñoz.**- Je vous ai compris.

46

1 **M. le Pr Angelet.**- Votre raisonnement suggère que nous allons nécessairement
2 arriver à la question de l'indépendance et de l'impartialité, tandis que la première
3 question, qui est celle de la tardiveté, reste. N'est-ce pas ?

4

5 **Me Muñoz.**- Alors, oui, je suis d'accord : vous devez vous prononcer également sur la
6 question de la tardiveté ou non de l'objection qui a été soulevée par les
7 Demanderesses.

8

9 Mais je vais y venir puisque c'est évidemment tout le débat qu'il y a eu devant le
10 Président du Conseil administratif et, comme je vais l'indiquer, c'est, on va dire, 99 %
11 de l'analyse qu'a fait le Président du conseil administratif, dans sa décision de
12 février 2017.

13

14 Il y a un paragraphe qui porte sur autre chose, qui n'est pas vraiment détaillé, on va
15 dire, et qui n'est pas vraiment... derrière lequel il n'y a pas de raisons qui sont
16 précises.

17 Et donc, bien évidemment, que vous ignoriez totalement la décision du Président du
18 Conseil administratif ou que vous passiez outre parce que vous la considérez
19 déraisonnable, tellement déraisonnable que, il faudra que vous vous prononciez, et
20 c'est ce que dit d'ailleurs le Chili – je vais y venir – sur : est-ce que les Demanderesses
21 ont porté leur objection dans un bref délai à partir du moment où elles ont eu
22 connaissance des faits litigieux ? Article 9-1 du règlement et article 27. Je ne reviendrai
23 pas sur l'article 27 puisqu'il a été présenté ce matin par Me Garcés.

24

25 Donc, oui, je suis d'accord avec votre compréhension.

26

27 L'autre élément qui plaide en faveur de ce que vous revoyez la décision qui a été prise
28 par le Président du Conseil administratif, mais sur lequel je ne reviendrai pas puisque
29 nous avons... dans nos écritures, les choses, je pense, sont assez claires, c'est : il y a
30 eu une évolution dans les faits dont ont eu connaissance les Demanderesses au fur et
31 à mesure qu'elles ont, à partir du 18 septembre 2016, elles ont pris connaissance de
32 l'existence de ces liens, et une fois qu'elles ont eu connaissance de ces liens, elles ont
33 pu, comme l'avait expliqué, tirer la pelote petit à petit, et donc, avoir des informations
34 plus précises sur, même si l'on considère qu'elles ne sont pas totales, plus précises
35 sur les liens qui ont pu exister ou qui existent entre la République du Chili et les Essex
36 Court Chambers.

37

38 Et nous considérons que si vous deviez vous en tenir à la décision du Président du
39 Conseil administratif parce qu'il a rendu une décision d'irrecevabilité sans vous assurer
40 que cette décision est raisonnable et sérieuse, cela laisserait planer un doute sur
41 l'intégrité de la procédure elle-même.

42

43 Alors, sur le fait que nous considérons cette décision comme particulièrement
44 déraisonnable et totalement infondée : comme je l'ai dit, la Sentence a été rendue le
45 13 septembre 2016, et le 18 septembre 2016...

46

47 Madame le Professeur, vous avez une question, peut-être ?

1

2 **Mme le Pr Zhang.**- Related to your previous, your indication, you mentioned that
3 disqualification requires that for one member, the two other members can decide.
4 And in case the challenge for disqualification for two members, the Chairman can
5 decide.

6

You consider that these two decisions are different? Because--how do you
7 read Article 58? Because it, by nature, is not only administrative Decision.

8

You may answer.

9

10 **Me Muñoz.**- J'entends votre question.

11

12 **Mme le Pr Zhang.**- Un peu plus tard, c'est pas urgent, vous pouvez continuer.

13

14 **Me Muñoz.**- Très bien.

15 Je reviendrai dessus plus tard.

16

17 Dans les faits, le 18 septembre 2016, et c'est ce qu'ont indiqué les Demanderesses au
18 Président du Conseil administratif, et puis auprès du Comité, elles ont été informées le
19 18 septembre 2016, par un article de presse qui a été porté à leur attention et dans
20 lequel le ministre des Affaires étrangères qui avait été interviewé... En fait, c'est ...
21 L'article porte sur ce qui a pu être dit et il faisait état de réunions en secret, d'une
22 équipe d'avocats, conseils de la République du Chili, sur l'affaire qui l'opposait à la
23 Bolivie concernant la rivière Silala, ce que j'ai indiqué. Et cet article mentionnait que
24 MM. Boyle et Wordsworth représentaient la République du Chili et étaient tous les
25 deux membres d'Essex Court Chambers. C'est la Pièce C-291.

26

27 Immédiatement, c'était le 20 septembre 2016, les Demanderesses ont commencé à
28 s'interroger et à interroger le Centre, à interroger la partie adverse, à interroger les
29 arbitres concernés sur ces éléments de fait. Je ne vais pas les repasser les uns après
30 les autres. Ils sont mentionnés, notamment dans la décision du Président du Conseil
31 administratif⁹, aux paragraphes 8 à 16 de cette décision.¹⁰

32

33 Et le 22 novembre 2016, dans le cadre de la procédure en correction d'erreurs
34 matérielles, les Demanderesses ont expressément formulé une demande de
35 récusation de ces deux arbitres.¹¹

36

37 Nous considérons qu'entre le 18 septembre 2016 et le 22 novembre, compte tenu du
38 nombre de demandes qui ont été faites -- donc elles ne sont pas restées les bras
39 croisés, les Demanderesses, elles ont demandé des informations supplémentaires
40 pour essayer de comprendre de quoi il retournait -- nous considérons qu'entre ces
41 deux dates-là, le bref délai est respecté, et qu'il ne faut pas remonter plus avant, mais
42 je vais vous expliquer pourquoi.

43

⁹ Pièce C119

¹⁰ Pièces C125, C216, C174bis, C127 (annexe n° 69), C126

¹¹ Pièce C118

1 Donc, comme je vous l'indiquais dans la décision du Président du Conseil administratif,
2 sa décision est essentiellement fondée sur la renonciation des Demanderesses à se
3 prévaloir de ces faits au motif qu'elles n'en auraient eu ou auraient dû en avoir
4 connaissance avant. Et comme je vous le disais, 99 % de sa décision est fondée là-
5 dessus puisque l'analyse du Président du Conseil administratif se trouve entre les
6 paragraphes 82 et 94, et les paragraphes 82 à 93 portent exclusivement sur cette
7 question.

8

9 Pour arriver à cette conclusion, le Président du Conseil administratif insiste en
10 particulier sur le fait que des articles de presse, parus tout au long de la procédure...

11

12 Juste un instant, j'ai un problème technique.

13

14 On vous a communiqué en début de procédure, ce matin, un document, une frise
15 chronologique que l'on aimerait pouvoir projeter si possible sur l'écran.

16 (Le document est affiché à l'écran.)

17

18 **Mme le Pr Zhang.**- Very well, thank you.

19

20 **Me Muñoz.**-C'est ce que nous considérons être la *demonstrative exhibit* n° 1 et qui,
21 en réalité, présente de manière chronologique les pièces qui ont été communiquées
22 par les Parties, soit devant le Président du Conseil administratif, soit devant vous,
23 concernant les articles de presse qui mentionnaient le fait que certains membres des
24 *Essex Court Chambers* représentaient la République du Chili dans d'autres procédures
25 que la procédure pour laquelle vous êtes saisis.

26

27 Et donc, je disais que pour arriver à la conclusion qu'il y avait bien une renonciation à
28 se prévaloir de cet élément, le Président du Conseil administratif insiste sur le fait que
29 des articles de presse, parus à partir de la fin de 2012, auraient fait mention de la
30 représentation de la République du Chili par des membres des *Essex Court Chambers*
31 et qu'il n'y avait pas de caractère secret à cette représentation. Je vous renvoie plus
32 particulièrement aux paragraphes 88 et 89, mais surtout paragraphe 88, je cite :

33

34 « *Les éléments de preuve présentés au dossier de la procédure montrent que les*
35 *informations concernant la représentation du Chili par des barristers des Essex Court*
36 *Chambers dans des procédures CIJ étaient dans le domaine public et disponibles*
37 *depuis décembre 2012. En particulier, il a été rapporté dans la presse que M. Samuel*
38 *Wordworth QC, l'un des barristers des Essex Court Chambers identifié par les*
39 *Demanderesses, représentait le Chili dans certaines procédures CIJ »... pardon de la*
40 *Cour internationale de justice. »*

41

42 J'aimerais que l'on reprenne un petit peu cette frise.

43

44 Les éléments que vous voyez avec des pointillés de couleur, quelle que soit la couleur,
45 ce sont les pièces qui ont été communiquées par la République du Chili. Vous avez en
46 bas de la frise une légende pour pouvoir comprendre les couleurs et autres. Ce sont
47 des articles de presse qui ont été produits par la République du Chili devant le

1 Président du Conseil administratif pour qu'il puisse prendre sa décision et sur laquelle il
2 s'est appuyé notamment pour arriver à la conclusion du paragraphe 88.

3

4 Si l'on prend les deux premières cases en partant de la gauche, un article du
5 6 décembre 2012¹² et un article du 14 décembre 2012... -- effectivement, un article de
6 *La Tercera*, qui est un journal chilien--, si je ne me trompe pas, mentionne bien que
7 M. Wordsworth représente la République du Chili devant la Cour internationale de
8 justice.

9

10 Il ne mentionne pas que M. Wordsworth est membre des *Essex Court Chambers*. De
11 même que l'article de *La Nación* du 14 décembre 2012¹³ mentionne le fait que
12 M. Wordsworth représente la République du Chili, mais il ne mentionne pas que
13 M. Wordsworth est membre de *Essex Court Chambers*.

14

15 Peut-être que la position du Chili est de dire que nous devrions connaître l'intégralité
16 des membres de *Essex Court Chambers* parce que les deux arbitres qui étaient
17 nommés dans notre procédure étaient membres de *Essex Court Chambers*.

18

19 Nous reviendrons sur ce point. Je pense que faire peser cette charge-là et ce devoir
20 d'investigation -- de vérifier que chaque représentant de la République du Chili devant
21 une Cour de justice, quelle qu'elle soit, de vérifier s'il est ou non membre de la même
22 *chamber* que les arbitres qui ont été nommés -- me paraît déraisonnable dans cette
23 affaire, et me paraît déraisonnable comme charge à l'égard des Demanderesses, mais
24 j'y reviendrai.

25

26 De la même manière, vous voyez à droite les articles de presse avec les petits
27 pointillés bleus, avec les numéros de pièce. Aucun de ces articles ne mentionne que
28 M. Wordsworth -- puisque c'est tout jour la même personne -- est membre de *Essex*
29 *Court Chambers*. Le seul article qui mentionne que M. Wordsworth est membre de
30 *Essex Court Chambers* est l'article du 18 septembre 2016 sur lequel les parties
31 Demanderesses se sont appuyées pour ensuite demander des informations
32 supplémentaires.

33

34 Et c'est tout. C'est tout ce sur quoi la République du Chili s'est appuyée devant le
35 Président du Conseil administratif.

36

37 Si l'on part du principe qu'aucun de ces articles ne mentionne que M. Wordsworth est
38 membre de *Essex Court Chambers*, il est particulièrement difficile de comprendre
39 comment on peut dire que les éléments de preuve du dossier montrent que les
40 informations concernant la représentation du Chili par des *barristers* de *Essex Court*
41 *Chambers* dans des procédures devant la Cour internationale de justice est dans le
42 domaine public.

43

¹² Pièce C316

¹³ Pièce C317

1 En réalité, les Demanderesses ont pu établir l'existence de liens entre les membres de
2 *Essex Court Chambers* et le Chili parce que l'article du 18 septembre 2016 a fait
3 référence à certains membres de *Essex Court Chambers* en indiquant clairement qu'ils
4 étaient membres de ces *Essex Court Chambers* et là, évidemment, on a commencé à
5 remonter, c'est-à-dire que là, on est allé chercher toutes les procédures devant la Cour
6 internationale de justice ou toutes les procédures publiques dans lesquelles la
7 République du Chili avait des intérêts, on est allé voir quels étaient les avocats qui
8 représentaient la République du Chili, et nous avons fait la recherche pour savoir si ces
9 avocats étaient ou non des membres de cette *chamber*. Mais à partir du moment où la
10 seule indication que vous avez est que vos deux arbitres nommés sont membres de
11 *Essex Court Chambers*, quelle est l'investigation que vous pouvez porter ?

12

13 La République du Chili aujourd'hui, devant vous, pour vous démontrer que nous
14 aurions renoncé à ce droit parce que nous aurions dû avoir connaissance de
15 l'existence de ces liens, fournit un document qui mentionne que M. Wordsworth,
16 excusez-moi pour la prononciation, représente la République du Chili et qu'il est
17 membre de *Essex Court Chambers* et que nous avons mis dans la frise, pas en
18 pointillés puisqu'il n'a pas été communiqué devant le Président du Conseil
19 administratif, mais en plein, c'est le cadre rose, qui est la
20 Pièce RA-201...

21 Ah, ce n'est pas la bonne, ce n'est pas grave. Le petit cadre rose ne devrait pas être en
22 pointillé parce qu'il n'a pas été communiqué par le Chili devant le Président du Conseil
23 administratif. La Pièce RA-201 est une pièce de la procédure devant vous mais qui
24 n'avait pas été --je ne pense pas qu'il y ait d'objection-- qui n'avait pas été
25 communiquée devant le Président du Conseil administratif, et qui est un extrait du site
26 de *Essex Court Chambers* qui a été obtenu sur Internet, et qui serait une archive.

27

28 Ils nous expliquent comment ils vont chercher cela. Au-delà du fait que je ne sais pas
29 ce que mentionnait la page du site Web de M. Wordsworth en 2013, ce qui est
30 intéressant, c'est que c'est la page propre à M. Wordsworth qui le mentionne. C'est-à-
31 dire que, si vous allez sur le site *Essex Court Chambers*, il n'est pas mentionné qu'il
32 représente la République du Chili.

33

34 Donc, cela veut dire qu'il aurait fallu, parce que deux des membres du Tribunal arbitral
35 étaient membres de cette *chamber*, aller ouvrir chacun des profils de chacun des
36 membres de cette *chamber* pour s'assurer si oui ou non l'un d'eux avait eu ou avait
37 encore des liens avec la République du Chili.

38

39 Je pense que cette position n'est pas sérieuse. Elle l'est d'autant moins que cette
40 position a pour but de pallier la défaillance, un, des arbitres de nous prévenir, deux, de
41 la République du Chili qui, elle, était parfaitement informée des liens qu'elle pouvait
42 avoir depuis des années avec des membres de *Essex Court Chambers*, et ne l'a pas
43 fait.

44

45 Alors qu'ils ont considéré que lorsqu'ils avaient demandé la récusation de M. Sands¹⁴,
46 le fait que celui-ci ait pu représenter la Bolivie dans une affaire devant la Cour
47 Internationale de Justice pouvait être un motif de récusation pour eux, pour récuser
48 M. Sands.

¹⁴ Pièces 226, C215, C215bis

1

2 Nous considérons que la position qui a été prise par le Président du Conseil
3 administratif, n'est pas raisonnable compte tenu des éléments qu'il avait à sa
4 disposition et en réalité compte tenu de tous les éléments qui sont aujourd'hui dans la
5 procédure.

6

7 Comme je le disais, quand bien même les Demanderesses... D'abord les
8 Demanderesses n'avaient aucune raison de s'intéresser à la procédure qui opposait le
9 Chili à la Bolivie ou le Chili au Pérou. Par définition, ce n'était pas sur ces articles de
10 presse-là que les Demanderesses allaient... se tenaient informées, contrairement à ce
11 que dit le président du conseil administratif qui dit : « Mais ce sont des articles de
12 presse des mêmes journaux que vous avez pu communiquer dans la procédure. » Et il
13 fait référence, notamment en note de bas de page à un certain nombre..., la note de
14 bas de page n° 71, un certain nombre d'articles de presse de *La Segunda*, de... quelle
15 autre... je suis en train de chercher... *El Mercurio*, etc. Note de bas de page... oui...
16 71.

17

18 Mais chacun de ces articles de presse concerne l'affaire de M. Pey, les indemnisations
19 relatives à des confiscations. Cela ne concerne pas la vie et l'œuvre de la République
20 du Chili dans son intégralité et dans ses conflits qu'elle peut avoir avec ses voisins au
21 niveau des frontières. Nous sommes bien d'accord.

22

23 Comme je vous le disais, nous considérons en réalité que la position du Président ne
24 peut pas être fondée sur les pièces qui ont été communiquées par les Parties et que
25 c'est un renversement, en fait, ça fait peser sur les Demanderesses une obligation
26 d'investigation qui est déraisonnable pour pallier encore une fois à des manquements,
27 à des obligations qui, elles, sont réelles, obligation des arbitres et obligations de la
28 République du Chili, notamment de divulgation.

29

30 **M. le Pr Angelet.**- Une petite question peut-être. S'agissant du devoir éventuel de vos
31 clients d'investiguer, est-ce que l'idée que l'on ne peut pas attendre de votre cliente
32 qu'elle aille vérifier l'ensemble des pages personnelles des membres de *Essex Court*
33 *Chambers* ou peut-être des spécialistes en droit international, enfin, il pourrait y avoir
34 des degrés de vérification, n'est-ce pas, est-ce que cette idée n'est pas inspirée par
35 l'idée que justement ce sont des avocats individuels, tandis que s'il s'agissait de les
36 assimiler à un cabinet d'avocats, logiquement, la démarche de votre cliente consisterait
37 à aller voir chaque page ?

38 Je vois bien que ça fait beaucoup de travail, mais ça, c'est un peu la qualité du site
39 Internet, n'est-ce pas ?

40

41 **Me Muñoz.**- Je pense que M. Cadman va adresser une partie de la question de son
42 côté. Je voudrais adresser ce point également.

43

44 Je ne pense pas qu'il y ait de différence. De la même manière qu'un arbitre qui fait
45 partie d'un cabinet d'avocats doit révéler les liens que lui ou les membres de son
46 cabinet, les membres de la *law firm*, peuvent avoir avec l'une des parties ou plus
47 généralement même avec des filiales ou autres, c'est une obligation qui pèse sur
48 l'arbitre.

1

2 Certes, la partie, les parties ont une obligation d'investigation, mais il a été indiqué à
3 plusieurs reprises, que l'obligation d'investigation des parties ne libère pas les arbitres
4 de leur obligation de révéler. Notamment dans *Tidewater v. Venezuela*, qui est la
5 Pièce C105, il indique, je cite en anglais :

6

7 « *the arbitrator may not count on the due diligence of the parties' counsel. As pointed*
8 *out by Tidewater, arbitrators will always be in 'the best position to gather, evaluate, and*
9 *disclose accurate information relevant to their potential conflicts'.* »

10

11

12 Dans cette même décision – je citais, pardon, pour le *transcript*, paragraphe 51 –, dans
13 cette même décision, paragraphe 46 il est dit :

14

15 « *Arbitration Rule 6(2) does not limit disclosure to circumstances which would not be*
16 *known in the public domain. The wording of this rule is all encompassing without*
17 *distinguishing among categories of circumstances to be disclosed.* »

18 Ou encore, dans l'Affaire *Universal Compression*, c'est la Pièce 15 dans les pièces des
19 Demanderesses¹⁵, qui indique au paragraphe 92 :

20

21 « *In order to ensure that parties have complete information available to them, an*
22 *arbitrator's Arbitration Rule 6(2) declaration should include details of prior appointments*
23 *by an appointing party, including, out of an abundance of caution, information about*
24 *publicly available cases.* »

25

26

27 Certes, il y a une obligation d'aller chercher. Mais, de la même manière, je ne pense
28 pas que nous allons vérifier dans un cabinet d'avocats si chacun des membres du
29 cabinet est allé représenter ou pas. On compte sur la diligence des arbitres pour nous
30 le dire.

31

32 Et comment pourrions-nous le faire, puisque la plupart de ces affaires ne sont pas
33 publiques ? Là, en l'occurrence, on parle d'affaires qui sont publiques, et encore
34 probablement pas toutes.

35

36 À partir du moment où on a le nom d'une personne et on ne sait pas à qui elle
37 appartient, est-ce que c'est vraiment aux Demanderesses d'aller s'assurer que chacun
38 des conseils du Chili, qui est connu publiquement, appartient ou n'appartient pas à la
39 *Chamber* des membres du tribunal arbitral ?

40

41 Je ne le crois pas.

42

43 **M. le Pr Angelet.** - Je peux encore vous poser une petite question ? Mais peut-être que
44 vous me direz qu'elle est pour M. Cadman.

¹⁵[Pièce 15 annexée à la proposition de récusation de M. Veeder du 23 février 2017]

1 Dans la mesure où du point de vue déontologique, les *barristers* sont des praticiens
2 indépendants dans la mesure où ils ne savent pas nécessairement et n'ont pas accès
3 à l'information de l'ensemble de la clientèle et des dossiers de leurs confrères, n'est-ce
4 pas ?

5 Et donc alors se pose une autre question, non pas celle de savoir si vous deviez aller
6 voir sur le site de M. Wordsworth mais plutôt celle de savoir comment MM. Veeder et
7 Berman pouvaient savoir qu'il y avait des relations secrètes, couvertes par le secret
8 professionnel, en cours, dans le chef de certains de leurs collègues.

9

10 **Me Muñoz.**- Je pense que cette question sera effectivement adressée par M. Cadman.

11

12 Peut-être un point quand même là-dessus : c'est la contradiction qu'il y a d'un côté à
13 considérer que ces relations entre les membres des Essex Chambers et la République
14 du Chili sont secrètes pour M. Berman et pour M. Veeder, mais qu'elles sont de
15 notoriété publique et que les Demanderesses auraient dû en connaître pour les
16 Demanderesses.

17 Il y a quand même... on ne peut pas considérer qu'elles sont couvertes par le secret et
18 qu'on n'a pas connaissance de ces informations et en même temps dire aux
19 Demanderesses : mais elles étaient totalement publiques, vous auriez dû vous en
20 informer.

21

22 **M. le Pr Angelet.**- Mais ce ne sont pas les mêmes, n'est-ce pas ? Celles dont on dit
23 qu'elles étaient publiques, c'est celles qui existaient antérieurement, tandis que celle
24 qui est secrète, c'est celle qui porte sur la délimitation de la frontière, n'est-ce pas ?

25

26 **Me Muñoz.**- Je vais revenir sur le caractère secret. C'est la pièce... alors, attendez,
27 parce qu'il faut que j'y revienne ! Juste un instant, je recherche le numéro, je crois que
28 c'est la Pièce C291, qui est l'article sur lequel s'est fondé... oui, l'article du *Mercurio*,
29 Pièce C291. Qui a été traduit en français. Ce n'est pas l'article du *Mercurio*... pardon !

30 Excusez-moi, ce n'est pas la bonne que j'ai. Il faut que je la retrouve. Excusez-moi.
31 J'en ai pour un instant.

32 C'est l'article du *Mercurio* du 18 septembre 2016, C291.

33

34 En fait, ce que dit cet article de presse à propos des relations secrètes, c'est que
35 manifestement, pendant quelques mois, la République du Chili ou les représentants de
36 la République du Chili, concernant ce problème de frontière, a travaillé avec des
37 avocats sans révéler leurs noms, et ces avocats étaient des membres d'Essex Court
38 Chambers.

39

40 Et ce n'est qu'après plusieurs mois, parce que manifestement c'était une question
41 stratégique pour la République du Chili, que ces noms ont été révélés et c'est ce que
42 dit cet article, il dit : des relations secrètes entre les conseils de la République du Chili
43 et certains membres de la Essex Court Chambers.

44

45 Mais ce que je veux dire c'est qu'il n'y a pas eu une volonté de cacher à la
46 Demanderesse ces relations ! C'est simplement que manifestement, la question qu'ils

1 étaient en train de traiter, ils ne voulaient pas révéler, j'imagine, plus à la partie
2 adverse, qu'ils étaient en train de travailler sur la stratégie du dossier avec des avocats
3 d'Essex Court Chambers que...

4

5 Donc pour moi, les relations avant... enfin, qui étaient... -- mais je vais venir avec
6 toutes les relations et toutes les procédures -- mais qui apparaissent aussi dans la frise
7 -- toutes les procédures dans lesquelles la République du Chili était représentée ou est
8 encore représentée par des membres d'Essex Court Chambers... -- mais, en réalité,
9 ce sont des éléments... on nous dit : ce sont des éléments publics. Oui, dès lors que
10 vous vous avez le lien qui a été fait par cet article d'*El Mercurio*, qui est de dire à un
11 moment : la République du Chili est représentée par des membres d'Essex Court
12 Chambers. Et là, vous pouvez tirer le fil et aller chercher dans chacune des procédures
13 où le Chili est représenté devant la Cour internationale de justice. On a commencé
14 évidemment par ça, savoir qui représentait. Et une fois qu'on a le nom, aller voir à quel
15 *Chamber* il appartient.

16

17 Donc c'est un travail qui a été fait mais *a posteriori* parce qu'on a une information de
18 départ qui est dans cet article de presse du *Mercurio*.

19

20 Si on n'a pas cette information, c'est difficile de partir de tous les côtés. Ce n'est pas
21 l'investigation qui est demandée à une partie quand un tribunal arbitral est nommé.

22

23 **M. le Président.**- I have two technical questions. As we all know, there have been
24 two disqualification requests; right? One in February and one in April; right?

25

26 **Me Muñoz.**- Yes.

27

28 **M. le Président.**- And I have the impression--and perhaps you verify that during the
29 coffee break. Not now, because it's difficult to do--that there is a certain confusion in
30 your "Requête" in Paragraphs 165 and in 173, where you talk about the
31 consequences of the Decision of February.

32 And I have the impression you wanted to refer, in reality, to the Decision of
33 April.

34 Check that, because you have to read the text before, but the text before
35 indicates all the reasoning which leads to the Decision of April, and then you--and I
36 was surprised to read, then--that is why the Decision of February --"constitue une
37 violation grave de l'obligation..." --- et cetera, et cetera, and that is the same
38 argumentation in 173.

39 Don't do it now. Check it during the coffee break, and then you tell me, is it a
40 clerical error, or is it--did you mean what you wrote? Thank you.

41

42 **Me Muñoz.**- Okay. We'll do that.

43 J'avais quelques autres points à faire, mais M. Cadman voulait juste intervenir sur cette
44 question précise.

45

46 **M. le Président.**- D'accord.

47 **Me Gehring.**- (...)

48

1 **M. le Président.-** Yeah, let me interrupt you. We have to hear what he says, and
 2 then you can object. We can't--we cannot say anything now, we cannot react to you
 3 what you say now *dans le vide*

4 You object the moment you have the impression that it is inappropriate, what he
 5 says, but he acts as Counsel, and he presents an opinion as Counsel.

6 And when--the moment you fear--or feel that it is--he ventures into new terrain,
 7 territory, you object and we will decide. I think that's the only way we have. If not, we
 8 are, again, sitting here not knowing what we do.

9

10 **Me Gehring.-** (...)

11

12 **Me Muñoz.-** Je ne sais pas ce qui a été traduit. Je n'ai pas dit ça.

13 Personnel... je n'ai pas dit que c'était un *website* personnel. C'est la page propre à
 14 M. Wordsworth dans les Essex Court Chambers. Quand on va sur l'*Essex Court*
 15 *Chambers website*, on a une page générale et ensuite, vous devez aller voir pour
 16 chacun, comme un cabinet d'avocats.

17 Vous avez les *different partners* et si vous voulez voir ce qu'a fait tel ou tel associé ou
 18 tel collaborateur dans tel ou tel dossier, vous devez aller cliquer sur la page de chacun
 19 des membres de ce cabinet. C'est exactement la même chose et c'est ce que je disais
 20 à propos de cette pièce-là, qu'il fallait aller cliquer sur M. Wordsworth sans savoir qu'il
 21 avait pu représenter (*inaudible*) ... ou avant qu'il ait pu représenter.

22

23 **M. le Président.-** This is how the committee understood the French version from the
 24 beginning. So, it might be a--== translation problem.

25

26 **Me Gehring.-** (...)

27

28 **M. le Président.-** Thank you.

29

30 **Dr Garcés.-** La réponse que nous avons obtenue au mois d'octobre 2016 de
 31 M. Berman et de M. Veeder à notre demande de *disclosure* a été que les règles
 32 internes d'Angleterre et du pays de Galles leur interdisaient de poser même la question
 33 aux autres membres de leurs *Chambers*. C'est-à-dire, la question des lois internes, ce
 34 sont eux-mêmes qui l'ont soulevée dans la réponse. C'est tout.

35

36 **M. le Président.-** Did I understand you correctly, Ms. Muñoz, that it is Mr. Cadman
 37 who talks now?

38

39 **Me Muñoz.-** He will intervene on one question and then I'll continue on my ... pardon
 40 puis je continuerai mon intervention.

41 **M. le Président .-** Okay. So who talks now ?

42

43 **Me Muñoz.-** ... Il va intervenir juste sur la question qui avait été posée.

44 Et, ensuite, je continuerai mon exposé et je passerai la parole à Me Cadman pour qu'il
 45 intervienne plus globalement sur les points qu'il avait à faire.

46

47 **M. le Président.-** Ok.

1 **Me Cadman.**-My apologies for breaking the order, I just thought it was important to
 2 respond to the point that you raised, because it is a very important question that raises
 3 a couple of issues, both in terms of how Barrister's Chambers function traditionally and
 4 the point that if we were talking about a law firm and two members of a law firm, there
 5 would be no question as to whether they would be forced to recuse themselves from
 6 this particular matter.

7
 8 The point, traditionally, is that Chambers--Barristers' Chambers, are viewed in
 9 a very different way and actually as--

10

11 **Me Gehring.**- (...)

12

13 **Me Muñoz.**- Monsieur le Président, M. Toby Cadman, nous l'avons indiqué, est conseil
 14 des Demanderesses dans cette procédure et nous avons soumis une pièce,
 15 la Pièce C-313, qui a été communiquée comme étant *advise on* Victor Pey Casado,
 16 puisque c'était... et qui sont, justement, les positions... et qui ont été utilisées dans
 17 le Mémoire en Réplique des Demanderesses concernant justement les particularités
 18 des *Chambers* et les obligations des *barristers* dans les *Chambers* concernant ces
 19 obligations de révélation, etc.

20

21 C'est dans la Réplique des Demanderesses. C'est la Pièce C-313. La Partie
 22 défenderesse a eu le temps de la revoir, a eu le temps d'y répondre. Elle ne l'a peut-
 23 être pas fait, mais, en attendant, c'est dans la procédure aujourd'hui.

24

25 Et M. Cadman n'intervient pas comme expert. Il n'y a pas de sujet sur ce point.

26

27 **Me Cadman.**- The point that I wanted--sorry. The point I wanted to respond to--and
 28 it's going to be very difficult for me to make the point as a Member of the English Bar
 29 if there's going to be an objection every time I attempt to say anything, which seems
 30 to be where we're heading.

31

32 I'm a member of the English Bar, and the Arbitrators in question have
 33 responded to inquiries and have relied on the fact that, as practicing Barristers, they
 34 are independent, and they are precluded from asking those questions.

35

36 My submission is that that is incorrect. They're not precluded from doing that.

37

38 And, actually, as an ethical standpoint, a Barrister would be required to do a
 39 conflict check as to whether it is appropriate in circumstances for them to be
 40 appointed as an Arbitrator in the same way, if they were instructed or engaged to
 41 take on a case.

42

43 To say that they--that there is some rule--and they haven't actually referred to
 44 the rule that they are relying on, because I can't say that there is one--that would
 45 preclude them from asking the question in their Chambers as to whether any other
 46 Members are currently, or have in the past, been engaged by either of the Parties.

47

48 That would be a matter that is required before accepting an appointment.

49

1 If the engagement is of a secret nature, then that particular Member could be
2 presented with two choices: They disclose that--

3

4 **Me Di Rosa.-** (...)

5

6 **Me le Pr Lloyd Howse.-** Mr. President, if I may just...

7 (*Les arbitres se concertent.*)

8 **M. le Pr Angelet.-** Excuse me. Following up on your observation, Mr. Di Rosa, but it
9 is for the two Parties, what is it that makes a difference between Mr. Cadman speaking
10 as Counsel and Mr. Cadman speaking as an Expert, as you state? Where is the
11 border between the two qualities?

12 **Me Di Rosa.-** (...)

13 **M. le Pr Angelet.-** Okay. Sorry to interrupt.

14 **Me Di Rosa.-** (...)

15

16 **M. le Pr Angelet.-** I fully understand that, but that is because the person is an Expert
17 that all these rules apply.

18 My question is since Mr. Cadman formally is here as a Counsel, sitting with
19 Counsel and declares to act as a Counsel--

20

21 **Me Di Rosa.-** (...)

22

23 **Me Silberman.-** (...)

24

25 **M. le Pr Lloyd Howse.-** If I may say something, Mr. President.

26 (*Interruption.*)

27

28 Just two observations. The first, and maybe at the risk I'll now be accused of
29 testifying is that I've participated in a number of investment disputes, either as
30 Counsel or legal Expert, and it seems to me that when we're dealing with legal
31 Experts as opposed to engineers or medical doctors and so on, there's always a
32 question about the extent to which what one is doing is pleading and to the extent to
33 which what one is doing is drawing on one's expertise as a jurist.

34

35 And that is sometimes a hard line, really, to discern.

36

37 So, for example, in one case initially, I was involved as Counsel but, for
38 various reasons, it was decided that I would be presented as a legal Expert. There
39 was nothing inappropriate about that.

40

41 The Proceeding was followed the rules that would be required for me now to be
42 participating as an Expert, and we fully disclosed that, prior to that, I had had more of
43 a Counsel role.

44

45 The reverse could also be the case. One could decide that the value of the
46 participation of a jurist might be in--by way of argument, having initially thought that,
47 perhaps, it might be as a legal--as a legal Expert.

1
2 So, where is the dividing line? And that goes to my second observation, that
3 what, in fact, Mr. Cadman has pointed out is that the Arbitrator Barristers in question
4 initially responded to concerns regarding relations within Chambers by suggesting
5 that there was some prohibition on them, if I understood Mr. Cadman correctly, some
6 prohibition on them, inquiring of other Barristers concerning client relationships.

7
8 And Mr. Cadman, I think, was engaged in pleading an argument when he said,
9 well, they didn't point to any rule. And I don't know any rule that they could point to.

10
11 And that seems to me to go to, in fact, the good faith of the responses of those
12 Arbitrator Barristers when queried about this issue of disclosure.

13
14 To my mind, Chile has every possibility of rebutting that. They could come and
15 they could present the rule on which these Arbitrator Barristers might be relying, but
16 that just tells us that what we're dealing with is argument and rebuttal, not Expert
17 testimony.

18
19 **M. le Président.**- I was hesitating before, but now you talked, and I'm less hesitating
20 now, when because when you say, "I don't know whether I understand Mr. Cadman
21 correctly," is a clear indication that he says something here which has never been
22 said before, not even to you.

23
24 And this is a situation which we should not tolerate, and I will not accept that.

25
26 We have--can I speak? You are so generous. Thank you.

27
28 We have--you have told us for the first time, I've never seen that in the files, that
29 Mr. Veeder and Sir Berman made incorrect statements and made statements which
30 are not covered by any kind of rule and they didn't--so, you criticized the letter for the
31 first time, which has been in the file for several years, and this is not acceptable at
32 this time.

33
34 And when you say, Professor Howse, that, of course, Chile is free to rebuttal,
35 no, it is not free to rebut in a hearing where we have strict rules about Expert
36 witnesses which have to be brought six weeks before the Pleading. Not before the
37 Hearing.

38
39 And now you come with an Expert opinion, and I hear things for the first time,
40 and this is not tolerable for me.

41
42 And that is why I accept the objection, and that is not possible that Mr. Cadman
43 now, as Counsel, being Expert in English law, gives testimony on a letter of
44 Mr. Veeder and Sir Berman which could have been made years ago and hasn't been
45 made.

46
47 So, the objection is accepted.

48
49 **Dr Garcés.**- Il y a une erreur. Ce que le Conseil est en train de dire a été produit dans
50 le dossier en date du... annexé au Mémoire du 9 novembre 2018.

51
52 Et je vous prie l'autorisation de montrer sur l'écran ce qui a été produit, le 27 avril 2018,
53 et qui dément entièrement ce que vient de dire le Conseil de l'autre Partie. Il est dans

1 le dossier depuis presque une année, et la Partie adverse a eu le temps de répondre à
2 cela.

3

4 Peut-être qu'il l'a fait ou il ne l'a pas fait, je ne sais pas ; mais contrairement à la
5 prémisse qui vous a été induite, cela figure dans le dossier. C'est la Pièce C-313,
6 annexée au Mémoire du 9 novembre 2018.

7

8 Et il y a une référence à cette pièce dans le mémoire en demande en question, aux
9 paragraphes 462, 463, et à la note de bas de page 613.

10

11 Donc, c'est une prémisse erronée !

12

13 C'est la Pièce C-313.

14

15 **Me Muñoz.**- May I just add something. Pardon. Excusez-moi. Puis-je juste ajouter
16 quelque chose, peut-être, sur ce que vient de dire Me Garcés ?

17

18 Au-delà du fait que la note de bas de page qui est mentionnée... qui a été mentionnée
19 par Me... par la représentante du Chili, mentionne que c'est bien en tant que Conseil
20 que ce document a été émis, la note de bas de page finale qu'elle a mentionnée dit
21 bien – excusez-moi, si je prends ça, on dit bien – « *et conseil des Demanderesses* ».

22

23 « *Et conseil des Demanderesses* », c'est ce qui est indiqué en note de bas de page.

24

25 Et la Pièce 313, on ne va pas... On ne va peut-être pas la repasser intégralement,
26 mais si vous prenez le point 2, et qu'on commence, c'est :

27 *(Poursuit en anglais.)*

28

29 « *The fundamental question that is being asked concerns the artificial existence of a*
30 *rule against revelation. This concerns the question as to whether, in addressing the first*
31 *point dealt, with in more detail below, could the arbitrators disclose information within*
32 *their actual knowledge that goes to the question of whether a conflict exists or may be*
33 *perceived on an objective interpretation to exist. If, as in the instant case, an arbitrator*
34 *has entrenched himself or herself behind the principles of independance and*
35 *confidentiality of an individual barrister's professional practice, to what extent can it be*
36 *said that there is such an entitlement to do so, notwithstanding the risk of a later*
37 *objection, etc. »*

38

39 So, this was addressed in this document, and this document was used--I
40 mean, it was part of the Pleading of the—pardon, I was speaking English.

41

42 Excusez-moi, je repasse au français.

43

44 *(Poursuit en français.)*

1 Ce document est une partie des arguments qui ont été produits par les
 2 Demanderesses avec leur Mémoire en Réplique, et qui est utilisée dans le Mémoire en
 3 Réplique. Si on prend les arguments... parce qu'il y a toute une partie sur la pratique
 4 des *barristers* dans le Mémoire en Réplique, qui est utilisée dans le Mémoire en
 5 Réplique.

6

7 **M. le Président.**- This does not say what Mr. Cadman says ten minutes ago, that
 8 Veeder and Berman gave incorrect answers. That's a different matter. And I've
 9 never heard--I've never heard and I've never read in the files that you have asserted
 10 so far that Berman and Veeder gave incorrect answers. And I hear that for the first
 11 time, and that's unfair. That's procedurally unfair.

12 That is what I wanted to say. Thank you.

13

14 **Dr Garcés.**- Les Demanderesses ont affirmé cela dans leur Mémoires et dans leurs
 15 réponses, sur la base du rapport... de la Pièce C-313.

16

17 Nous avons affirmé cela, que la réponse était incorrecte et inadmissible, et nous nous
 18 sommes basés sur la Pièce C-313. C'est une question qui a été débattue. L'autre
 19 Partie en a eu connaissance à la date du 9 novembre 2018, et elle a eu le temps de
 20 répondre. Donc, il n'y a rien de nouveau dans ces documents.

21

22 **M. le Président.**- I have read your submission, and what you say, at one point, you say
 23 that you accept that Berman subjectively did not know but saying that they could not
 24 have known, I understood--I even remember the word that you used, (in French) "est
 25 une *gageure*". Remember that? You wrote it probably. And that is something
 26 different. That is something different from what you say now.

27 And this--I really don't like this, because you say something different now from
 28 what you have pleaded in your Written Submissions, and since I've read them very
 29 carefully, I know that you have not said that they answered incorrectly. They said,
 30 subjectively, it might have been that they didn't know, but that they should not have
 31 known, "est une *gageure*" (in French). That's what you say.

32

33 **Dr Garcés.**- Je tiens à ce que j'ai écrit. Et de mémoire peut-être je...

34

35 **M. le Président.**- De mémoire... Nous avons préparé cette audience et c'est pour ça,
 36 on a dit : « Il ne faut pas beaucoup d'heures, parce que nous connaissons les dossiers
 37 et les soumissions ! »

38

39 **M. le Pr Lloyd Howse.**- We fully understand Mr. President, that you have to disregard
 40 what is not has not been pleaded by...

41

42 **M. le Président.**- Yeah, not only that, but I would prefer that we don't go--that you don't
 43 have to lead this kind of discussion.

44

45 **M. le Pr Lloyd Howse.**- We understand.

46 **M. le Président.**- Because we are so clear that we should only use argumentation

1 that have been in the files. And, please--and we had such a wonderful and brilliant
 2 morning, where you--all the steps are respected, and now we are discussing for
 3 hours something which I know was not in the file, and it should not be in the file now.
 4 Okay?

5 Thank you.
 6

7 **Me Silberman.**- Mr. President, may I just add one more point for the record. It's a
 8 procedural point.

9 So, Claimants' counsel just said a moment ago that a document was submitted
 10 in April of 2018, but that can't be, because the document is dated October 2018. So,
 11 it may be that they were trying to say that the document was submitted in conjunction
 12 with the Reply of November 2018.

13 But in any event, pursuant to Section 16.3 of Procedural Order Number 1, this
 14 document shouldn't have been submitted at all.

15 Section 16.3 states--quote--"Should either Party wish to introduce new Witness
 16 Statements or Expert Reports, that Party shall file a request to the Committee to that
 17 effect, specifying the scope and objective of the requested testimony at least five
 18 weeks before the date of the scheduled filing of the Pleading with which the Witness
 19 Statement or Expert Report is to be filed. The Party may not annex to its request the
 20 Witness Statement or Expert Report that it seeks to file. The Committee will promptly
 21 decide on the admissibility of the Witness Statement or Expert Report after hearing
 22 from the other Party," closed quote.

23 And that process never happened here. As I mentioned, that document was
 24 just snuck into a footnote of one of the recent Pleadings, and that was entirely what
 25 Section 16.3 was designed to avoid.
 26

27 **M. le Pr Angelet.**- Thank you.

28 So, you are, indeed, treating the document as an expert statement
 29 --right?--which leads me back to the comments by Mr. Di Rosa, which, in abstract
 30 terms, I always find very convincing. If it's--if UK law is a matter of fact, then it is a
 31 Witness Statement, not an argument as Counsel.

32 However, may I ask the Parties, in that respect, qualification as law or fact, to
 33 comment on Article 10.4 of the BIT, which I think enunciates the applicable law for us
 34 as well, and which refers to "el derecho de la Parte Contratante...--sorry-- incluidas
 35 las normas relativas a conflictos de leyes", so including private international law.

36 And I'm sure that Chilean law, to determine the status of a British Barrister,
 37 would refer to UK law, which, therefore is law, not fact.

38 Sorry to--I mean, that's the question I have.
 39

40 **Me Di Rosa.** (...)

41

42 **M. le Président.**- We have decided--or the Committee has decided already that the
 43 objection was accepted.

44 So--and if I understood you well, you said, "Mr. Cadman will make this one
 45 remark now, and then I will pick up again and continue my presentation"; right? And
 46 then Mr. Cadman comes at a later moment.

47 Why don't you pick up your presentation now?

48

49 **Me Muñoz.**- Oui, Monsieur le Président.

50 **M. le Président.**- Thank you.

1

2 **Me Muñoz.-** Je reviens à la décision du Président du Conseil administratif, sur le fait
3 que les liens entre les membres d'Essex Court Chambers et la République du Chili
4 étaient parfaitement de notoriété publique et connus, ou auraient dû être connus de
5 tous. Comme je vous l'ai montré dans ce document, aucun des articles de presse qui
6 ont été communiqués, qui a été communiqué par la partie adverse, ne fait mention de
7 ce que, et la République du Chili est représentée par X et que X est membre d'Essex
8 Court Chambers.

9 Néanmoins, je dois admettre que, quand je me suis replongée pour préparer cette
10 audience, j'ai été un peu surprise. J'attire votre attention sur la note de bas de page 72
11 de la décision du Président du Comité du Conseil administratif.

12

13 **M. le Président.-** The first one ?

14

15 **Me Muñoz.-** Sa première décision, absolument.

16 Et cette note de bas de page 72 a pour objet de venir soutenir le fait que les
17 Demanderesses ont utilisé les mêmes sources ou des sources similaires à celles dans
18 lesquelles des informations concernant la représentation du Chili par des *barristers*
19 Essex Court Chambers devant la CIJ ont été publiées.

20

21 En fait, quand on lit la note de bas de page, le Président dit :

22

23 « *Le Président du conseil administratif note que cette information a été et est toujours*
24 *publiée sur un certain nombre d'autres sources d'informations en ligne facilement*
25 *accessibles au public* ».

26

27 Et il cite trois documents. Il cite un article de *La Razón* du 5 mai 2015. Et il cite *Global*
28 *Arbitration Review* de fin janvier 2014. Et il cite un site Web de la CIJ sur le fait que le
29 Chili est représenté, enfin, dans ce site Web, il est indiqué que le Chili est représenté
30 par des membres d'Essex Courts. Malheureusement, sur ce dernier, on n'a pas pu
31 aller vérifier puisque ça n'apparaît pas, la date, la date convenue. Néanmoins, sur
32 les... Je voudrais intervenir sur cette note de bas de page, et sur leur contenu.

33

34 D'abord, sur la note de bas de page, je trouve assez intéressant que ce soient les
35 seuls documents qui mentionnent, apparemment, le fait que la République du Chili
36 était représentée par X et que le X était bien un membre d'Essex Court Chambers, et
37 seul, que ces documents n'ont pas été soumis à discussion entre les Parties par le
38 Président du Conseil administratif, ce qui, en termes de respect des règles
39 fondamentales de procédure du principe de contradictoire, me paraît intéressant.

40

41 Et si l'on va chercher les deux documents ou si l'on regarde un petit peu plus avant les
42 deux documents, le premier, qui est, effectivement, « *un article de presse chilienne* »,
43 *La Razón*, qui, d'après le Président du Conseil administratif est la presse que les
44 Demanderesses consultent régulièrement et qui, donc, elles auraient dû voir dans cet
45 article qu'il y avait la République du Chili était bien représenté par un membre de la
46 Essex Court Chambers member.

1 La citation qui est faite de la note de bas de page indique que : « *Samuel Wordsworth,*
2 *un autre avocat londonien de Essex Street [sic] Chambers* » comme conseil du Chili
3 dans l’Affaire CIJ.

4 Et je trouve le « sic » assez intéressant.

5

6 **M. le Pr Angelet.**- Je ne le vois pas, excusez-moi. Pouvez-vous m'orienter ?

7

8 **Me Muñoz.**- Note de bas de page 72.

9

10 **M. le Président.**- 47, non, la page 47

11

12 **Me Muñoz.**- Trois lignes.

13 Oui, absolument.

14 Non, page 24.

15

16 **M. le Président.**- Non, je veux dire la note 47.

17

18 **Me Muñoz.**- 72.

19 La troisième ligne à partir du début, exactement.

20

21 Alors, le diable se cache dans les détails. Les Essex Street Chambers est, si je ne
22 m'abuse, une *chamber* qui existe. Donc, si en plus d'aller vérifier que tous les membres
23 de l'Essex Court Chamber devaient ou ne devaient pas avoir représenté la République
24 du Chili, il fallait aller vérifier, quand il était indiqué « Essex Street Chamber », si l'on ne
25 s'était pas trompé... Je pense que la décision du Président du Conseil administratif
26 demande un peu beaucoup aux Demanderesses en termes d'investigation.

27 Quant au *GAR* – je vous laisserai aller voir cet article – c'est un article qui est,
28 effectivement, un article sur la décision qui a été rendue par la Cour internationale de
29 Justice dans le litige entre la République du Chili et, je ne voudrais pas me tromper, le
30 Pérou – oui, le Pérou – concernant les frontières. Les parties Demanderesses
31 n'avaient aucune raison d'aller regarder le contenu de cet article, encore une fois.

32

33 J'en ai fini sur les éléments sur lesquels s'est basé le Président du Conseil
34 administratif.

35

36 J'ajouterai – j'ai presque fini sur ce sujet, et ensuite, peut-être que l'on fera une
37 pause – quels sont aujourd'hui les éléments qui, suite aux révélations ou aux
38 informations que les Demanderesses ont pu obtenir au travers de l'article du *Mercurio*
39 du 18 septembre, quels les éléments dont elles ont connaissance entre les liens... des
40 liens entre les membres d'Essex Court Chambers et la République du Chili ?

41

42 Aujourd'hui, on sait donc que M. Wordsworth a représenté la République du Chili dans
43 trois affaires : dans les différends maritimes *Pérou c/ Chili* ; dans l'affaire *obligation de*

1 *négocier un accès de l'Océan Pacifique Bolivie/Chili* ; et dans l'affaire sur laquelle
2 portait l'article du *Mercurio*, sur le statut d'utilisation des eaux de la Silala. On sait que
3 M. Boyle a représenté la République du Chili. On sait que M. Christopher Greenwood a
4 représenté la République du Chili dans l'affaire du Pérou. On sait que MM. Bryan and
5 Stephen Houseman ont représenté la République du Chili dans une procédure qui
6 s'appelle « Coromine » et qui concerne la plus grande entreprise de production et
7 d'exportation de cuivre chilienne qui est détenue par la République du Chili. Et l'on sait,
8 enfin, mais c'est un peu différent, que M. Collins, qui représentait la République du
9 Chili dans l'affaire d'extradition de M. Pinochet à Londres – à ce moment-là, il n'était
10 pas membre des Essex Court Chambers – mais aujourd'hui il est membre de cette
11 *chamber*.

12

13 On sait aussi que, maintenant, des liens financiers importants existent, même si nous
14 n'avons pas réussi à obtenir toute l'information que nous souhaitons obtenir pour
15 démontrer l'existence de ces liens financiers. Néanmoins, la Pièce C-42, qui est
16 également un article de presse d'un journal chilien du 22 juin 2013, fait référence d'un
17 certain montant payé par la République du Chili à ses conseils dans la défense sur le
18 litige concernant la frontière. En revanche, et nous l'avons soulevé en réponse à la
19 lettre du 19 février dernier, cet article ne mentionne pas des membres d'Essex Court
20 Chambers. La seule chose qu'il indique, c'est le montant important qui a été payé
21 concernant ce différend. Et le seul avocat qui est mentionné dans cet article, c'est
22 M. Crawford, qui n'a rien à voir avec les Essex Court Chambers, et dont il est dit que le
23 taux horaire est très élevé.

24

25 Mais tout porte à croire qu'il y a des montants élevés qui ont été payés par la
26 République du Chili à certains membres des Essex Court Chambers.

27

28 Encore une fois, malgré les investigations que nous avons essayé de lancer, nous
29 n'avons pas réussi à obtenir l'intégralité des informations concernant ces liens
30 financiers, mais nous savons qu'ils existent. Et pour une seule affaire, nous savons
31 qu'ils sont de l'ordre d'un peu plus d'une dizaine de millions de dollars.

32 Nous considérons que l'existence de ces liens financiers est d'autant plus importante
33 qu'au cours de la dernière décennie, l'organisation et la pratique des *barristers* – et
34 nous l'avons d'ores et déjà indiqué et plaidé – au sein des *chambers* a largement
35 évolué. Et je renverrai les membres du Comité sur deux articles que nous avons
36 produits -mais il y a d'autres éléments dans nos écritures- qui sont l'article écrit par
37 M. Gary Born, qui est la Pièce CL-339, et dans lequel il dit – je cite en anglais :

38

39 *(Poursuit en anglais.)*

40 « *In recent years, this structure and setting has significantly evolved, with barristers'*
41 *chambers increasingly engaging a common promotional, training in other professional*
42 *activities comparable to those of law firms. As a consequence, conclusions regarding*
43 *barristers' independence must be re-examined in light of the realities of contemporary*
44 *practice. That re-examination has occurred several recent cases with some authorities*
45 *now holding that at least in international cases, the relationship between members of a*
46 *barrister chambers are relevant to an arbitrators' independence in much the same*
47 *manner that relationship within law firms are relevant ».*

48 C'est une pièce de la procédure.

49

1 De la même manière, j'attire votre attention sur un article de M. William Park, qui est la
2 Pièce CL-340. Et je cite encore en anglais :

3 *(Poursuit en anglais.)*

4

5 « *Moreover, the London chambers increasingly brand themselves as specialists in*
6 *particular fields, with senior 'clerks' taking on marketing roles for the chambers,*
7 *sometimes traveling to stimulate collective business. Moreover, a barrister success*
8 *means an enhanced reputation, which in turn reflects on the chambers as a whole ».*

9

10 Cette évolution a été aussi remarquée, notamment dans l'évolution des règles IBA, et
11 nous vous l'avons souligné.

12

13 Enfin, cela a conduit à une adaptation des pratiques en vigueur, notamment par le Bar
14 Standards Board qui est l'organisme qui régit la profession des *barristers* au Royaume-
15 Uni. Et c'est une pièce de la procédure, qui est la Pièce C-326, et qui dit :

16 *(Poursuit en anglais.)*

17

18 *"barristers should remain alive to the varying expectations, backgrounds and cultures*
19 *of those who utilise arbitration. Many arbitrations involving English and Welsh barristers*
20 *may have little or no connection with England and Wales or English and Welsh law. By*
21 *way of example, international investment arbitrations, or public international law*
22 *disputes, may involve barristers as arbitrators or Counsel but may be located outside*
23 *England and Wales and may involve consideration of other national legal systems or*
24 *indeed international or supra-national legal regimes. Such arbitrations may require a*
25 *different approach from that which would be involved in a purely domestic setting."*

26

27 Je terminerai mon intervention sur ce point, puisque je ne vais pas reprendre les
28 standards, du défaut apparent, je crois qu'il n'y a pas de sujet sur le fait que c'est bien
29 le défaut apparent qui doit être pris en compte dans la récusation ou pas, ou le fait
30 qu'un arbitre répond aux obligations de l'article 14(1) de la convention, je ne pense pas
31 qu'il y ait de dispute sur ce sujet puisque que c'est exactement le standard qu'a
32 appliqué la République du Chili lorsqu'il a demandé la récusation du Pr Sands. ¹⁶

33 Donc je ne reviendrai pas là-dessus.

34

35 Mais je répondrai à la question du Comité dans sa lettre du 19 février, à savoir la
36 dernière question concernant les conclusions qui ont été prises par le Comité *ad hoc*
37 dans l'Affaire *Suez c. Argentine*.

38

39 Et vous aurez compris que la position des Demanderesses, c'est de dire
40 qu'effectivement les conclusions qui ont été...pardon.

41

42 **M. le Président.**-Will you need much time? Warrants that we exhaust--

43

¹⁶ Pièce C226

1 **Me Muñoz.**- Trois minutes maximum ?

2

3 **M. le Président.**- Trois minutes c'est acceptable ? Thank you very much.

4

5 **Me Muñoz.**- Je reprends. Vous aurez compris que nous considérons que cette
6 décision du Comité *ad hoc* dans l'Affaire *Suez Interagua c. Argentine*, qui est la
7 Pièce CL-414, qui est le dernier document qui a été mis dans la procédure, nous
8 considérons que cette décision est pertinente pour vous pour décider. Et en particulier,
9 je ne vais pas revenir sur le fait que cette décision reprend les conclusions des
10 précédents Comités *ad hoc*, dans *EDF* notamment, mais je reviendrai sur le
11 paragraphe 171 qui va peut-être vous permettre de résoudre la difficulté que nous
12 sommes en train de rencontrer.

13 Que dit ce paragraphe ? Je le cite en anglais :

14 *(Poursuit en anglais.)*

15

16 « *Having said this, the Committee notes the generally unsatisfactory nature of the*
17 *process for dealing with challenges to arbitrators, which poses a particular burden on*
18 *the unchallenged members who are required to determine whether the other member*
19 *of the tribunal should be disqualified. The difficulty of this role extends to formulating*
20 *the appropriate test for deciding on disqualification in the absence of clear guidance in*
21 *the Convention. In this regard, the Committee has some reservations about certain*
22 *aspects of the test applied by the unchallenged arbitrators in deciding on the issue of*
23 *disqualification in this case.*

24 C'est là que le point est important.

25 *(Poursuit en anglais.)*

26

27 *“The test, the Tribunal said, is whether the facts show that an ‘informed reasonable*
28 *person’ would conclude that the person in question ‘clearly or obviously lacks the*
29 *quality of being able to exercise independent judgment and impartiality’. Yet, when it*
30 *comes to their analysis, the unchallenged members show that a quite detailed*
31 *understanding of the nature of a director’s interest, the way UBS functions and the*
32 *implications of UBS’s holding shares in other companies is required to assess whether*
33 *there is a manifest lack of independence and impartiality. In other words, in practice the*
34 *reasonably informed observer has to be a well-informed observer capable of*
35 *understanding a level of detail not readily ascertained by the reasonable observer. »*

36

37 Il me semble que ce paragraphe est très intéressant dans notre situation, puisque la
38 position qui a été soutenue par les deux arbitres qui étaient... dont la récusation était
39 demandée était de dire : c'est la pratique des *Chambers*.

40

41 En droit anglais, il est clair que dans les *Chambers*, les membres de cette *Chambers*
42 sont totalement indépendants les uns des autres. Au-delà même de l'évolution du
43 fonctionnement de ces *Chambers* que nous avons d'ores et déjà mentionnées, il faut
44 se mettre, à mon avis, le Comité doit se mettre dans les chaussures d'un *reasonable*
45 *observer*, et un observateur raisonnable qui n'a pas connaissance du fonctionnement
46 des *Chambers*. Un observateur raisonnable qui, quand on lui dit que deux membres du
47 Tribunal arbitral qui doit décider d'une question importante n'ont pas révélé et ont des

1 liens avec une institution — appelons-la comme ça —, *the Chambers* dont plusieurs
 2 membres ont des liens importants, durables, avec l'une des Parties et qui a donné lieu
 3 à des paiements importants financiers, est-ce que ce *reasonable observer*, qui n'a pas
 4 de connaissance particulière des *Chambers*, considérerait qu'il n'y a pas de risques de
 5 défaut apparent d'indépendance et d'impartialité ?

6

7 Et donc nous considérons effectivement que cette décision est très importante et
 8 pertinente dans cette affaire.

9 J'en ai terminé.

10 **M. le Président.**- Thank you very much. Let's take a break, and let's meet again in
 11 15 minutes. Okay?

12

13 **Dr Garcés.**- (*inaudible*) Nous sommes convaincus que le Comité cherche les faits et la
 14 vérité. Nous sommes persuadés.

15 **M. le Président.**- Il cherche quoi ?

16 **Dr Garcés.**- Les faits et la vérité. Nous sommes persuadés. Mais je dois également
 17 vous dire que mon devoir est de contribuer à ce que le Comité puisse mener cette
 18 question à son terme. Et je vous demanderai, après le café, de vous montrer à quel
 19 point ce que j'ai dit tout à l'heure est dans le dossier, car l'impression a été créée que
 20 j'avais menti au Comité *ad hoc*. Mais je n'ai jamais menti au Comité *ad hoc* ni à aucun
 21 tribunal.

22

23 Donc, je vous montrerai deux documents qui figurent dans le dossier où il est dit
 24 clairement et ouvertement que M. Veeder et M. Berman avaient fourni une réponse
 25 inexacte concernant le droit anglais et le devoir de *disclosure*. Et que ce que
 26 M. Cadman a essayé de dire figure dans le dossier depuis l'année 2016, 2017. Je vous
 27 le démontrerai, si vous me le permettez.

28

29 **M. le Président.**- Yes. I will allow you to do so. And if you heard that somehow I
 30 suspected that you might be lying, you had wrong--erroneous interpretation of what I
 31 said.

32 Thank you.

33

34 **Dr Garcés.**- Merci.

35 (*Suspendue à 17 h 23, l'audience est reprise à 17 h 37.*)

36 **M. le Président.**- We have to wait for Laura, because she has...Well, we are
 37 running late, and we want to finish the opening presentation of Claimants' today. So
 38 the only way that we see how we can do that is that the Committee will refrain from
 39 asking questions, and we will collect the questions and the Committee ask them on
 40 Thursday.

41 And you still have two hours and seven minutes. And you can use that time
 42 the way you find it appropriate, but be aware--and that is why we had to wait for
 43 Laura, because we had to ask the Interpreters and the Court Reporters whether they
 44 are willing to do that, and they are willing to do it, and we thank them for that.

45 Go ahead, so we don't run late.

46 **Dr Garcés.**- Merci Monsieur le Président. Maintenant le Professeur Howse prendra la
 47 parole et je la prendrai après-

1
2 **Me le Pr Lloyd Howse.**- Thank you, Mr. President. I just wanted to make an
3 observation concerning the responsive to Mr. Di Rosa to a question from Professor
4 Angelet before the coffee break concerning the applicable law of the Treaty.

5
6 And if I understood Mr. Di Rosa correctly, he claimed that the correct position
7 with respect to an international adjudicator is that, even if the law is applicable law,
8 under the relevant jurisdiction-granting instrument, that it has to be proven as a fact
9 by Experts. And I simply find this to be incorrect as a matter of international law
10 doctrine.

11
12 First of all, there's the principle of *iura novit curiae*, and the very meaning of a
13 law being applicable is that it's within the jurisdiction of the Tribunal to apply it as law.
14

15 This does not mean--and, unfortunately, for people like myself-- this does not
16 mean that Experts cannot be helpful sometimes in assisting the understanding of the
17 Tribunal of its duty to apply the applicable law. But what it doesn't mean is that we
18 are in a situation, for example, a domestic Tribunal which has to examine a foreign
19 law to that domestic jurisdiction, where it might well be the case that it would be
20 necessary to prove that foreign law as a fact, including through leading Expert,
21 testimony.
22

23 Similarly, if there were some issue, for example, of dual or multiple nationality,
24 and the Tribunal needed to refer to the Law of Kazakhstan, that's a foreign law to the
25 jurisdiction of the Tribunal because that's not one of the applicable bodies of law in
26 Article 10.
27

28 But to the extent that it's one of the applicable bodies of law, or sources of law,
29 in the Treaty, which is the jurisdiction-granting instrument, the Tribunal can and,
30 indeed, must apply it, regardless of any testimony of Experts, to the content of the
31 law as a fact.
32

33 And, here again, one who has the long practice of many Tribunals, including, for
34 example, at the WTO, where it's always been the case that where the applicable law of
35 the Treaty required directly the consideration, or raised municipal law or some other
36 source of law, it would be applied without leading the testimony of experts as to the
37 content of that law as a fact.

38
39 **Dr Garcés.**- Monsieur le Président, Messieurs les Arbitres, membres du Comité, je
40 dois remarquer qu'encore une fois il s'est crée dans cette enceinte une ambiance que
41 j'appelle de « réalité virtuelle ». C'est-à-dire — je l'ai déjà dit lors de la séance que nous
42 avons eue au mois de février de l'année dernière — l'autre partie a une technique très
43 sophistiquée et développée de créer des images qui ne répondent pas à la réalité,
44 mais qui entraînent des conséquences.

45
46 Et nous venons de voir un exemple dans ce que les autres Parties ont dit par rapport
47 au droit anglais et les positions de M. Veeder et M. Berman. Lorsque nous leur avons
48 demandé des informations après la Sentence arbitrale, leur réponse, qui figure dans le
49 dossier, a été que les règles des *barristers*, du droit anglais, ne leur permettaient pas
50 de connaître ces informations et même pas de poser la question à ses collègues. Cela

1 a été leur réponse. Ils se sont refusés à ouvrir une enquête raisonnable sur ces
2 rapports en invoquant le droit anglais.

3

4 Nous avons décidé, bien contre notre souhait, de formuler la récusation, entre autres
5 parce que la réponse qu'ils fournissaient concernant le droit anglais nous la trouvions
6 inacceptable, inexacte. C'est peut-être très présomptueux de notre part, mais nous
7 l'avons fait. Et dans la récusation que nous avons formée, il y a ... C'est là [sur l'écran
8 est projetée la pièce C118] -- c'est les paragraphes 16-26 -- du 22 novembre 2016, qui
9 est...

10

11 Tout cet argument est pour montrer au Président du Conseil administratif que
12 l'interprétation du droit anglais qui servait comme bouclier pour éviter de mener une
13 enquête raisonnable, cette interprétation du droit était très contestable.

14

15 Le Président du Comité administratif, bien entendu, a donné la parole aux deux
16 arbitres qui ont insisté dans leur interprétation du droit anglais applicable.

17

18 Alors, lorsque pour la dernière fois nous avons adressé cette question devant le
19 Président en réponse aux deux arbitres -- c'était donc le 13 janvier 2017, c'est dans le
20 dossier¹⁷ ... il y a tout un chapitre sur « *la réponse des deux arbitres est également*
21 *biaisée selon les standards du droit anglais* », il y a un développement fondé sur la
22 jurisprudence et la doctrine du droit anglais.

23

24 Par conséquent, c'est un sujet qui a été discuté au plus haut niveau, et de la manière
25 la plus raisonnable en droit possible.

26

27 Par conséquent, l'image virtuelle selon laquelle ce serait la première fois qu'on discute
28 du droit anglais dans cette question est contredite par les documents qui figurent dans
29 le dossier.¹⁸

30

31 Ensuite, l'autre observation que je voulais faire, c'est que vous lisez dans la Sentence
32 que le Tribunal de resoumission indique à un moment donné que les conseils, que la
33 représentation des Demanderesses n'avait pas un avocat anglais parmi ses conseils et
34 que, par conséquent, ce que nous disions au point de vue du droit chilien ... -- pardon,
35 je tiens à rectifier -- qu'il n'y avait pas d'expert en droit chilien parmi les représentants
36 des Demanderesses pendant la procédure de resoumission. C'est une manière de
37 dire, ce que vous dites sur le droit chilien puisque vous n'êtes pas des avocats
38 chiliens, pardon, cela n'a pas d'importance.

39

40 Alors, nous avons donc voulu éviter cette situation et puisque nous ne sommes pas
41 des experts en droit anglais, enfin je veux dire des avocats anglais, il nous a semblé
42 convenable d'incorporer un avocat anglais qui puisse parler, en tant que conseil, du
43 droit anglais, dans le contexte qui a été celui de la récusation de ces éminents arbitres,
44 et du débat qui a été également évoqué dans les Mémoires qui vous ont été adressés.

¹⁷ Pièce C127

¹⁸ Pièces C126, C118, C127, C159, C161

1

2 C'est donc, il me semble, un démenti, dans les pièces, par rapport au fondement que
3 l'autre Partie a évoqué pour empêcher qu'un membre de nos conseils puisse prendre
4 la parole devant vous.

5 Merci.

6

7 **M. le Président-** Thank you.

8 Would you continue?

9

10 **Me Muñoz.-** Oui, Monsieur le Président, merci. Un point pour répondre à votre
11 question précédente sur le paragraphe 173 de la Requête. Je suis d'accord avec votre
12 lecture, c'est une erreur de... pardon... je pense que c'est une erreur typographique et
13 qu'on faisait bien référence à la décision du président du Comité du 13 avril 2017 dans
14 ce paragraphe en particulier.

15

16 **M. le Président.-** Thank you.

17

18 **Me Muñoz.-** Je m'aperçois en repassant très rapidement les questions que vous aviez
19 posées dans la lettre du 19 février qu'il y a une question à laquelle je n'ai pas répondu,
20 me semble-t-il, très précisément – cela va me prendre deux minutes –, qui est la
21 question (d) du point 2, page 3, à savoir :

22

23 « *Est-ce que les Parties jugent pertinent que Sir Franklin Berman et M. Veeder aient*
24 *divulgué qu'ils étaient membres d'Essex Chambers au moment d'accepter leur*
25 *nomination et aient déclaré qu'ils... ».*

26

27 Excusez-moi ! Oui, j'ai répondu à cette question, excusez-moi.

28

29 Je vais aborder maintenant la question relative à la nomination de M. Mourre par la
30 République du Chili. Je rappellerai très brièvement le contexte factuel sous-jacent qui a
31 été également évoqué ce matin par mon confrère, Me Juan Garcés, et j'exposerai les
32 raisons pour lesquelles nous considérons que cette désignation par la République du
33 Chili constitue un fondement de l'annulation sur trois motifs, d'abord sur la
34 règle 52(1)(a) dans la constitution du Tribunal, puis une violation de la règle 52(1)(b),
35 excès de pouvoir manifeste, et, enfin, une violation de la règle 52(1)(d), c'est-à-dire
36 une violation grave d'une règle fondamentale de procédure.

37

38 J'aborderai pendant cet exposé les questions qui ont été posées concernant ce sujet
39 dans votre lettre du 19 février.

40

41 Je ne reviendrai pas sur le pouvoir du Comité au titre de l'article 52(1)(a), d'autant que
42 sur la question de M. Mourre, nous sommes clairement dans la question de la
43 constitution et de la procédure qui a été suivie pour la constitution et qui, pour moi, ne
44 pose pas de sujet sur le fait que vous êtes parfaitement compétents pour traiter de ce
45 sujet.

1

2 Donc, je commencerai par le rappel du contexte factuel pertinent pour traiter de cette
3 question.

4

5 Comme l'a rappelé Me Garcés ce matin, la demande d'annulation concernant la
6 nomination de M. Mourre trouve son origine dans la procédure initiale et en particulier
7 dans la démission de l'arbitre, M. Leoro Franco, qui avait été nommé par la République
8 du Chili à la veille de l'émission, on va dire, de la Sentence arbitrale qui était attendue
9 depuis déjà un certain nombre d'années. Pour ces raisons, la démission de M. Franco
10 n'a pas été approuvée par les deux arbitres restants et donc, conformément à
11 l'article 56.3 de la convention, c'est le Président du Conseil administratif qui a pourvu à
12 la vacance dans le Tribunal arbitral et qui a nommé M. le Pr Gaillard.

13

14 Il n'est pas contesté qu'au tout début de cette procédure, la République du Chili,
15 conformément à l'article 37(2)(b), a bien nommé un arbitre. Néanmoins, nous
16 considérons que la République du Chili a perdu ce droit au cours de la procédure et
17 qu'elle ne peut retrouver ce droit au seul motif que nous changeons de phase, puisque
18 nous sommes toujours dans la même procédure. Je vais maintenant analyser les
19 différents articles de la Convention pour vous expliquer pourquoi j'arrive à cette
20 conclusion.

21

22 Tout d'abord, comme l'explique le professeur Schreuer, c'est la Pièce CL387, le fait,
23 pour le Président du Conseil administratif, de nommer un arbitre à la place d'une des
24 parties parce que l'arbitre qui a démissionné n'a pas reçu l'assentiment de ses
25 collègues, des membres restants, est considéré comme une sanction parce qu'elle
26 laisse supposer que la partie qui a initialement nommé l'arbitre démissionnaire n'est
27 pas totalement étrangère à la démission en cause. Voici ce qu'il dit en disant :

28

29 « Art. 56(3) is an exception to the principle that vacancies should be filled by the same
30 method that was used for the original appointment ».

31

32 C'est donc une exception.

33

34 D'après, toujours, le Pr Schreuer, cette procédure particulière et la sanction assortie
35 visent à décourager toute situation de collusion entre une partie et l'arbitre qu'elle a
36 nommé. L'idée de départ est : parce que vous avez un risque de perdre le droit de
37 nommer votre arbitre, vous allez vous comporter convenablement, disons, et donc il n'y
38 aura pas de collusion entre l'arbitre que vous nommez et la partie parce que vous avez
39 ce risque de sanction.

40

41 En l'espèce, comme l'a rappelé mon confrère Me Garcés, la collusion n'était pas
42 seulement supposée. Elle a été en réalité démontrée. M. Leoro Franco a démissionné
43 suite à une demande de récusation, par le Chili, de l'intégralité du Tribunal arbitral
44 après que l'arbitre nommé par le Chili ait révélé à la partie chilienne le contenu des
45 délibérations du Tribunal arbitral concernant la Sentence qui devait être rendue.

46

1 C'est ce comportement-là qui a été sanctionné par les deux arbitres restants, qui ont
2 refusé la démission de M. Leoro Franco parce qu'il n'avait pas d'autre... il n'y avait pas
3 de raison valable pour démissionner en dehors de... et ils ont refusé cette démission,
4 ce qui a privé la République du Chili de son droit.

5

6 Ces éléments de fait ont été rappelés dans la Sentence, aux paragraphes 34 et 37. Et
7 c'est sur la base de ce comportement notamment que le Tribunal initial a condamné la
8 Défenderesse à supporter une partie plus importante des coûts de l'arbitrage qui
9 avaient été exposés par les Demanderesses – ce sont les paragraphes 729 à 731 de
10 la Sentence initiale.

11

12 Nous considérons que ces éléments-là ont autorité de la chose jugée puisque comme
13 on l'a vu ce matin, le Comité *ad hoc* a confirmé la sentence dans toutes ses parties en
14 dehors des parties relatives au *quantum*.

15

16 Dans les faits, dès que les parties Demanderesses ont soumis leur demande en
17 resoumission et, en réalité, dans la lettre qui accompagnait leur requête en
18 resoumission, elles ont indiqué, dès le début, qu'elles considéraient que le Chili ne
19 pouvait pas nommer un arbitre, et qu'il appartenait au Président du Conseil
20 administratif de nommer, et le président du Tribunal, et le deuxième arbitre puisque le
21 Chili avait perdu ce droit, et c'est la Pièce C84.

22

23 Cela a été à nouveau réitéré lors de la première audience de procédure devant le
24 Tribunal arbitral.

25

26 Pourquoi nous considérons que cela constitue un vice dans la constitution du
27 Tribunal ?

28

29 L'article 52.6 auquel vous vous référez prévoit que « *si la Sentence est déclarée nulle,*
30 *partiellement ou entièrement, le différend est, à la requête de la partie la plus diligente,*
31 *soumis à un nouveau tribunal constitué conformément à la section 2 du présent*
32 *chapitre* », c'est-à-dire les articles 37 à 40 de la Convention et donc, si on suit le
33 secrétariat du CIRDI, l'article 37(2)(b) s'applique.

34

35 C'est très simple, l'article 52.6 fait référence aux articles 37 à 40 : on applique les
36 articles 37 à 40, rien à dire.

37 Néanmoins, la règle d'arbitrage 55(2)(d) prévoit, elle, que le Tribunal de nouvel
38 examen « *est composé du même nombre d'arbitres* » qui « *sont nommés de la même*
39 *manière que pour le Tribunal initial* ».

40

41 Que faut-il entendre par Tribunal initial ? Dans nos écritures, nous avons indiqué que le
42 Tribunal initial était le Tribunal qui avait rendu la Sentence initiale. Nous fondons cette
43 interprétation de Tribunal ou... cette définition du Tribunal initial sur les articles de la
44 Convention et du Règlement d'arbitrage.

45

1 Ainsi, l'article 51 du Règlement qui s'applique en matière d'interprétation et de révision
 2 de la sentence, en français, fait référence au Tribunal qui a initialement statué mais en
 3 anglais, il fait référence à *the original Tribunal*, exactement le même terme utilisé dans
 4 l'article 55.2.D de la Convention.

5

6 Or dans la convention, les articles 50(2) et 51(3), relatifs aux procédures
 7 d'interprétation et de révision, mentionnent, quand ils parlent de Tribunal initial, du
 8 Tribunal qui a statué.

9

10 Donc nous considérons que si on prend la Convention et les Règlements, ils utilisent
 11 Tribunal initial ou Tribunal ayant statué *or original Tribunal*, de manière
 12 interchangeable, finalement. Or le tribunal qui a rendu la Sentence dans notre affaire
 13 était bien composé de trois arbitres : un arbitre nommé par les Demanderesses et deux
 14 arbitres nommés par le Président du Conseil administratif en raison de la sanction qui
 15 avait été appliquée conformément à l'article 56(3) de la Convention.

16

17 En réalité, c'est parfaitement conforme au fait que l'article 56(3) est une *lex specialis*
 18 plutôt que la règle générale de l'article 37(2)(b). C'est ce que dit, ce que je vous ai dit
 19 au début, le Pr Schreuer quand il indique que l'article 56(3), je cite en anglais :

20

21 « *Is an exception to the principle that vacancie should be filled by the same method*
 22 *that was used for the original appointment.* »

23

24 Et ce que je vous expliquais, c'est que la raison d'être de cette sanction, c'est d'éviter
 25 la collusion. Mais, une fois que la collusion est intervenue et que, effectivement,
 26 l'arbitre qui a été nommé par la Partie, en application de l'article 37(2)(b), a
 27 démissionné, sans raison, et que les deux arbitres restants ont considéré que cette
 28 démission n'était pas valable, ou convenable, en particulier dans la situation dans
 29 laquelle cela s'est passé dans cette affaire, et que, dès lors, l'une des Parties perdait
 30 son droit de nommer un arbitre, il n'y a aucune raison de considérer que ce risque de
 31 collusion, qui a été effacé lorsque le président du Conseil administratif a nommé
 32 le Pr Gaillard, aucune raison de penser que ce risque de collusion va disparaître au
 33 seul motif que l'on passe à une phase différente.

34

35 Encore une fois, c'était pour prévenir une collusion. La prévention n'a pas été
 36 suffisante. Il y a eu une sanction et cette sanction doit se poursuivre pendant toute la
 37 procédure. Et il ne fait pas de doute, pour les Demanderesses, mais, je pense, pour
 38 tout le monde, et pour le Tribunal en resoumission d'ailleurs, que la procédure de
 39 resoumission était bien la continuité de la procédure qui avait eu lieu et qui avait donné
 40 lieu à la Sentence arbitrale de 2008.

41

42 Nous considérons donc qu'il appartenait uniquement au Président du Conseil
 43 administratif de nommer le troisième arbitre, et pas à la République du Chili.

44

45 Les membres du Comité nous ont posé la question de savoir est-ce-que est-il pertinent
 46 que le... Alors, je dis « *Secrétariat* ». Vous aviez écrit... Je vais reprendre la... Excusez-
 47 moi. Oui, vous aviez écrit « *président du Conseil* » et c'est le Secrétariat du CIRDI,

1 donc je le corrige dans mon exposé : « *Est-il pertinent que le Secrétariat du Centre ait*
2 *demandé aux parties, par lettre du 26 juillet 2013¹⁹, de nommer un arbitre, en*
3 *application de l'article 37(2)(b) de la Convention CIRDI ? »*

4

5 Là encore, nous considérons que cette décision du secrétariat du Centre est une
6 décision administrative qui n'a aucune incidence sur le droit des Demanderesses de
7 revenir sur cette position. Et elle a d'autant moins d'incidence qu'elle a continué
8 d'objecter et que, le 13 septembre 2013²⁰, le Secrétariat général, la Secrétaire
9 Générale du CIRDI a indiqué aux Parties – je cite :

10

11 « *Nous comprenons que les Demandeurs sont en désaccord avec la conclusion*
12 *du CIRDI. Il est loisible aux Demandeurs de soulever cette question devant le Tribunal*
13 *une fois que celui-ci aura été constitué. »*

14

15 C'est bien, donc, que le CIRDI lui-même considérait que sa décision n'était pas
16 immuable. Et c'est ce que les Demanderesses ont fait : elles ont soumis cette question
17 au Tribunal arbitral, notamment lors de la première session, le 11 mars 2014.

18

19 Et vous trouverez cela dans la Pièce C-95, qui est l'Ordonnance de procédure, pardon,
20 qui sont les discussions, enfin, les *transcripts* de ce qu'il s'est passé.

21

22 Or, dans l'Ordonnance de procédure n° 2, qui est la Pièce C-102, le Tribunal n'a pas
23 tranché cette question et il a indiqué qu'il estimait « *de ne pas avoir été appelé à*
24 *statuer sur cette question* » et appelait les Demanderesses à engager une procédure
25 en récusation.

26

27 Je ne parle pas, pour le moment, de la procédure en récusation. J'y reviendrai.

28

29 Les Demanderesses considèrent que cette décision du Tribunal arbitral est un excès
30 de pouvoir manifeste puisqu'il était saisi d'une demande, d'une demande
31 des Demanderesses dont il avait compétence au titre de l'article 42 de la Convention,
32 et qu'il n'a pas souhaité répondre à cette question, qui était soulevée par
33 les Demanderesses, les dirigeant vers une procédure, qui était la procédure de
34 l'article 57, de récusation, qui n'a pas été effectivement mise en œuvre par
35 les Demanderesses simplement parce qu'elles n'avaient pas de fondement de
36 récusation.

37

38 Je rappelle que la récusation est fondée sur les qualités personnelles de l'arbitre qui
39 est visé. Est-ce qu'il répond notamment aux obligations de l'article 14.1
40 d'indépendance et d'impartialité ? Est-ce qu'il a la bonne nationalité ? Etc., etc. Mais
41 l'article 57 ne permet pas de porter devant le Tribunal arbitral la question de la
42 constitution même du Tribunal en ce qu'elle respecterait l'application de la Convention,
43 comme nous le disions.

¹⁹ Pièce RO-113

²⁰ Pièce C93

1

2 Nous considérons également que ce comportement du Tribunal arbitral est constitutif
3 d'une inobservation grave des règles de procédure.

4

5 La première, c'est exactement la même chose que sur l'excès de pouvoir puisque
6 l'excès de pouvoir, au-delà du fait qu'il avait la compétence pour le faire, nous
7 considérons qu'il n'a pas respecté l'autorité de la chose jugée de la Sentence initiale
8 puisque, encore une fois, dans la Sentence initiale, il était clairement dit que le Chili
9 avait perdu le pouvoir de nommer son arbitre.

10

11 Nous considérons donc que c'est également une violation des règles fondamentales
12 de procédure, qui sont les règles qui doivent être appliquées pour la constitution
13 du Tribunal et qui sont assez proches de ce que je viens de vous dire.

14

15 Mais nous considérons également que le fait, pour le Tribunal arbitral, de vouloir
16 imposer l'application d'une procédure qui n'est pas applicable, en particulier la
17 procédure de récusation, l'article 57, constitue également une violation grave d'une
18 règle de procédure.

19

20 Comme je vous le disais, cet article n'a pas vocation à s'appliquer et, donc, en refusant
21 de trancher la question qui lui était posée, et en imposant le recours à une procédure
22 qui n'était pas applicable pour trancher cette question, le Tribunal a manqué aux règles
23 gouvernant un procès équitable puisque l'on ne pouvait pas traiter du sujet.

24

25 Dans sa lettre du 19 février, le Comité pose une seconde question concernant ce sujet,
26 qui porte sur la pertinence du fait que les Demanderesses ont demandé au Tribunal de
27 décider si l'arbitre qui avait été nommé, bien que ne pouvant pas demander une
28 récusation, « *avait été nommé conformément à la Convention ... et, si tel n'était pas le*
29 *cas* », si les arbitres nous prouvaient que ce n'était pas le cas, dans ce cas-là, de
30 l'inviter à démissionner.

31

32 Pourquoi les Demanderesses ont fait cela ? Tout simplement parce que, si elles ne
33 l'avaient pas fait, il n'y a aucun doute que la République du Chili aurait dit devant vous
34 que l'on ne pouvait plus soulever ce fondement d'annulation parce que nous ne
35 l'avions pas soulevé dans les délais (article 27 du règlement d'arbitrage).

36 Nous considérons... Dès le début, nous savions que les règles de constitution
37 du Tribunal arbitral de resoumission n'avaient pas été respectées. Nous devons donc
38 agir et montrer que nous objections à la manière dont le Tribunal était constitué.

39

40 Nous avons objecté auprès du Secrétariat du CIRDI et nous avons objecté auprès des
41 membres du Tribunal. Encore une fois, la procédure de récusation ne nous était
42 d'aucune aide et ce n'était pas cette procédure-là que nous devons appliquer, raison
43 pour laquelle nous avons demandé aux membres du Tribunal de trancher la question
44 de savoir : est-ce-que M. Mourre a été valablement nommé, c'est-à-dire conformément
45 à la Convention.

46

1 Et le fait qu'il n'ait pas été nommé conformément à la Convention, et que, encore une
2 fois, c'est une violation flagrante pour nous, et qui est grave puisque M. Mourre a
3 participé tout au long de cette procédure, et il semblerait qu'il y ait participé
4 grandement puisque, sauf à ce qu'il ait des taux horaires beaucoup plus élevés que
5 ceux de ses collègues membres du Tribunal arbitral, quand on voit les frais qui ont été
6 mentionnés à la fin de la Sentence, ils sont deux fois plus élevés que ceux du
7 deuxième co-arbitre, donc nous considérons qu'il a eu une part importante dans la
8 rédaction de cette Sentence.

9 J'en ai terminé.

10

11 **M. le Président.**- Thank you very much. How do we continue?

12

13 **Dr Garcés.**- Il y a eu d'autres questions que le Comité a soulevées dans sa lettre du
14 19 février qui n'ont pas encore été traitées. L'une est la suivante.

15

16 « *Les Parties sont invitées à expliquer si et les raisons pour lesquelles elles jugent*
17 *pertinent ou non le fait que Sir Franklin Berman et M. Veeder :*

18 *1) aient divulgué qu'ils étaient membres des Essex Court Chambers au moment*
19 *d'accepter leur nomination ;*

20 *2) aient déclaré, au cours de la procédure de récusation, qu'ils ne savaient pas que*
21 *d'autres membres des Essex Court Chambers avaient agi pour ou contre le Chili. »*

22

23 Pour répondre à cette question précise du Comité, très respectueusement, je demande
24 si le conseil des Demanderesses, ici présent, peut participer à la réponse ou si c'est
25 seulement un autre conseil qui peut répondre.

26 *(Acquiescement du président.)*

27

28 **Dr Garcés.**- Pardon. Qu'est-ce que vous avez décidé ?

29 La question, Monsieur le Président, était si, pour répondre à cette question du Comité,
30 le Comité permet que la réponse soit répondue par deux membres de l'équipe des
31 conseils des Demanderesses ou seulement un membre.

32

33 **M. le Président.**- It's your decision who will talk.

34 **Dr Garcés.**- Donc c'est moi qui répondra, dans les circonstances qui ont été créées
35 tout à l'heure.

36

37 La question, ici, porte sur la règle d'arbitrage n° 6. À quoi s'engage un arbitre lorsqu'il
38 accepte la nomination ? D'après la règle n° 6, il s'engage à révéler ce que peut – je
39 vais lire exactement les termes : « *est jointe à la présente une déclaration concernant*
40 *(a) mes relations professionnelles d'affaires et autres (s'il en existe) avec les parties,*
41 *passées et actuelles, et (b) toute autre circonstance qui pourrait conduire une partie à*
42 *mettre en cause ma garantie d'indépendance. Je reconnais qu'en signant cette*
43 *déclaration, je souscris l'obligation continue de notifier au Secrétaire général du*
44 *Centre, dans les plus brefs délais, toute relation ou circonstance qui apparaîtrait*
45 *ultérieurement au cours de l'instance. »*

46

1 C'est très clair.

2

3 La raison pour laquelle cette modification a été introduite dans les Règles, elle est
4 également connue.

5

6 Dans la mesure où les arbitres/*barristers*, oublions les noms X, Y, puissent répondre ce
7 qui nous a été répondu : qu'un membre d'une *Chamber* ne sait pas de quoi, sur quoi
8 travaille un autre membre de la *Chamber* qui puisse partager son bureau, nous
9 soumettons que cette règle n° 6, n'a pas d'application pour les arbitres/*barristers*.

10 Elle peut avoir application à d'autres arbitres d'autres nationalités, mais lorsqu'il s'agit
11 de *barristers arbitrators*, ils en sont exemptés, parce qu'ils nous ont répondu : les
12 normes anglaises interdisent au *barrister* de savoir ce qui se passe à ses côtés, d'en
13 parler, et certainement pas de leur poser des questions.

14 Nous comprenons que ce n'était pas l'intention de la réforme de l'article 6, lorsqu'elle a
15 été introduite. Le CIRDI ne fait pas de différence de nationalité. Il n'y a pas une
16 exception pour les *barristers*/arbitres.

17 Par conséquent, la réponse que nous avons reçue, nous considérons que c'est une
18 infraction à l'obligation d'un *barrister arbitrator* lorsqu'il a signé et accepté de devenir
19 arbitre dans notre affaire.

20 Nous avons essayé, nous avons invoqué devant les arbitres – comme je le disais tout
21 à l'heure – le devoir de mener une enquête raisonnable. Les procédures de récusation
22 qui ont eu lieu dans le système de CIRDI d'une manière réitérée confirment le devoir
23 des arbitres de mener une enquête raisonnable.

24 La réponse que nous avons reçue, c'est que les *arbitrators barristers* n'ont pas la
25 possibilité légale de mener une enquête sur ce qui se passe dans leur *Chamber*. Donc,
26 c'est un article qui devient, dans cette perspective, du papier mouillé. Ce n'était pas
27 l'intention de la réforme de l'article 6.

28 L'article 6, comme toutes les normes du système du CIRDI, a une vocation
29 internationale, universelle, à l'application égale... en termes d'égalité. Il n'y est pas pas
30 compris qu'un arbitre membre du barreau des avocats de Singapour, ou de Madrid, ou
31 de Berlin, n'est-ce pas, puisse invoquer les règles internes de son barreau pour ne pas
32 exécuter les termes de la règle n° 6.

33 C'est pourquoi nous avons soumis, devant Madame la Secrétaire Générale du CIRDI
34 et directement auprès des arbitres, nous avons invoqué le droit anglais. Il est sur
35 l'écran²¹. Nous nous sommes adressés, et nous avons cité des résolutions de Cours
36 de justice anglaises, et également de la *Bar association* britannique concernant les
37 obligations d'un *barrister*, qui ... Il y a une sentence d'un juge très respecté d'après
38 laquelle le *barrister arbitrator* doit agir dans les mêmes termes d'éthique et des conflits
39 d'intérêt qu'un juge. Et donc, si le juge doit... Un juge, c'est Lord Goff :

40 (*Lecture en anglais.*)

41 "I wish to add that in cases concerned with allegations of bias on the part of an
42 arbitrator, the test adopted, (...) has been whether the circumstances were such that a
43 reasonable man would think that there was a real likelihood that the arbitrator would
44 not fairly determine the issue on the basis (...)"

45 –et il ajoute--

²¹ Pièce C127

1 *"I prefer to state the test in terms of real danger rather than real likelihood, to ensure*
2 *that the court is thinking in terms of possibility rather than probability of bias."*

3

4 Donc, c'est cela le droit anglais, et nous soutenons, Monsieur le Président, que la
5 réponse que nous avons reçue de ces deux arbitres concernant le droit anglais, qu'ont
6 et qui ont eu, pour mener toute enquête raisonnable n'est pas conforme avec l'esprit, la
7 finalité de cet article 6, interprété dans les termes que l'article 31 de la convention de
8 Vienne sur les Traités nous encourage à appliquer.

9

10 Quelles sont les conséquences de cette réponse ?

11

12 Elle est liée à l'autre partie de votre question:

13

14 *« Les Parties sont invitées à expliquer leur point de vue sur la pertinence des points*
15 *suiuants : (i) les éventuels jugements des tribunaux chiliens enjoignant au Chili de*
16 *produire des documents attestant des paiements versés aux barristers ; et (ii)*
17 *l'éventuel refus du Gouvernement de se conformer à ces jugements. »*

18

19 Nous soutenons qu'il y a eu ici un parallélisme frappant entre la manière dont deux
20 éminents *barristers*/arbitres ont évité d'appliquer la règle 6 comme peut l'appliquer
21 n'importe quel autre arbitre de n'importe quelle autre nationalité.

22

23 Mais ces refus de mener une enquête raisonnable, et j'insiste là-dessus : on a récusé
24 les arbitres, parce que... après qu'ils se soient refusés à mener une enquête
25 raisonnable. Nous les avons invités. Nous ne souhaitons pas les récuser. Nous
26 voulions savoir – c'était notre droit – s'il y a eu un conflit d'intérêt. Et c'est lorsqu'ils se
27 sont refusés à mener l'enquête raisonnable, invoquant cette interprétation du droit
28 anglais, que nous avons décidé de mettre en exécution le recours que la convention
29 nous permettait.

30

31 Alors, du côté de l'État, ça a été la même position, c'est-à-dire le blocage absolu de
32 toute information.

33 Et de la même manière que nous soutenons, et nous avons donné les arguments,
34 pourquoi en droit anglais un *barrister/arbitrator* doit... a l'obligation de répondre à ce
35 que les Cours de justice exigent des *barristers/arbitrators*, nous avons également
36 démontré que, d'après la loi chilienne – la loi interne – l'État du Chili avait l'obligation
37 de répondre à ces demandes d'information concernant les rapports avec les membres
38 de Essex Court Chambers.

39

40 Nous avons produit la Sentence de la Cour d'appel de Santiago du 15 novembre
41 dernier, affirmant ces droits. Nous en parlerons plus tard, lorsque nous évoquerons la
42 question complémentaire.

43

44 Donc, que peut-on conclure de cette « coïncidence » – appelons-le comme ça, entre
45 guillemets – entre deux parties auxquelles nous adressions des demandes
46 d'information ?

1

2 Nous devons conclure que ce n'était pas une coïncidence, qu'ils ont agi dans le même
3 sens, se concertant ou pas. C'est une question à laquelle nous n'avons pas à
4 répondre, chacun pensera ce qu'il voudra, n'est-ce pas, mais le fait est qu'on parle
5 d'une manière parallèle, tous, les deux extrêmes ont coïncidé dans la même réponse :
6 *Black-out*.

7

8 Est-ce que cela est compatible avec l'esprit et la volonté de cette règle n° 6 ? Nous
9 trouvons que non. La conclusion est non.

10

11 Par conséquent, nous avons demandé au Président du Conseil administratif de se
12 prononcer sur cette question. C'est une question délicate. L'autre Partie a indiqué,
13 dans sa réponse, qu'elle acceptait..., cette vision de l'article 6 concernant... qu'il soit dit
14 sans ironie, *the splendid isolation* des *barristers arbitrators* par rapport au reste du
15 monde, car sinon cela pourrait mettre en danger la coopération d'éminents arbitres
16 avec le système CIRDI.

17

18 Nous ne partageons pas cette perspective. Nous respectons les arbitres anglais et
19 nous en avons nommé un, n'est-ce pas ; c'est la preuve !

20

21 Mais c'est autre chose. Une fois qu'une Partie a des éléments qui créent des doutes
22 sur un possible conflit objectif d'intérêts, pas subjectif, nous respectons les arbitres,
23 objectif, nous ne croyons pas que ce soit possible d'invoquer, de la manière dont ils
24 l'ont fait, le droit anglais ou le droit chilien.

25 Et le temps nous a donné raison pour ce qui concerne le droit chilien.

26 Et pour ce qui concerne le droit anglais, les références que nous avons fournies nous
27 semblent également pertinentes. C'est à vous de juger.

28 Maintenant, le Président du Conseil administratif, quelle a été sa réponse ? Il n'a pas
29 répondu. C'est un sujet brûlant pour le Centre... de se prononcer sur les *Chambers*
30 comme une exception à la règle, à l'application de la règle n°6, par rapport au reste ?
31 Nous n'avons pas la réponse.

32 Ce que nous a dit le Président, c'est que : « Vous avez soumis la question trop tard.
33 Vous auriez dû la soumettre avant, en 2013, 2014, lorsque ces arbitres ont été
34 nommés. »

35 C'était impossible, pour nous, de poser la question à ce moment-là, pour les raisons
36 qu'a expliquées ma consœur.

37 Par conséquent, nous soumettons *de novo* cette question au présent Comité, parce
38 qu'elle n'a pas été tranchée par le Président du Conseil administratif; et c'est là l'une
39 des décisions peut-être les plus capitales que vous avez à prendre.

40 De la même manière que le Tribunal de l'Affaire (*Inaudible*) *Hrvatska Elektroprivreda*
41 *contre* Slovénie a créé une jurisprudence, un précédent, en disant qu'un tribunal
42 présidé – comme par hasard, c'était justement un *barrister/arbitrator* de la même
43 *Chamber* de laquelle nous parlons – ne pouvait pas siéger devant un conseil d'une
44 Partie qui était membre de la même *Chamber*...- nous connaissons tous, cela a créé
45 un précédent- vous êtes appelés à vous prononcer sur quelque chose d'un niveau
46 supérieur, c'est-à-dire si les *Chambers* sont tenues ou pas de respecter cet article 6,

1 ou il y a quelque chose dans le droit anglais, que nous ignorons, qui les exempte de
2 cette obligation.

3

4 Votre réponse, certainement, aura une conséquence, que ce soit la réponse A ou la
5 réponse B, parce que elle va créer un précédent.

6

7 Nous avons fourni les éléments en notre connaissance, de bonne foi, qui nous ont
8 amenés à poser la question : ouvrir une enquête raisonnable. Et la réponse que nous
9 avons eue, surprenante, des raisons pour lesquelles elle n'a pas eu lieu.

10

11 Alors, quelles sont les conséquences qui s'ensuivent en plus sur nous, les
12 Demanderesses ?

13

14 Sans le silence de la part des deux arbitres et de la part de l'État du Chili, il n'y aurait
15 pas eu de récusation s'ils avaient ouvert, s'ils avaient senti que les
16 arbitres... *arbitrators/barristers* ont la même obligation que les autres arbitres dans le
17 monde entier, parce que nous aurions eu, en conséquence, le résultat de cette
18 enquête raisonnable. Quel résultat ? Nous ne les connaissons jamais, parce qu'elle
19 nous a été refusée.

20

21 Il n'y aurait pas eu, par conséquent, un refus du Président du conseil administratif à
22 l'admission de cette récusation, que nous ne voulions pas soumettre.

23

24 Et troisième conséquence, les Demanderesses n'auraient pas été condamnées à
25 payer les frais à cause de ces récusations.

26

27 Il y a donc eu des effets, des conséquences en chaîne qui découlent de ces refus
28 d'appliquer la règle n° 6 d'arbitrage.

29 Voilà donc pour répondre à votre question sur-ces points précis.

30 **M. le Président.**- Thank you.

31

32 **Me le Pr Lloyd Howse.**- If I may be permitted, I just have, Mr. President, a footnote to
33 the response that--on our behalf-- that Dr. Garcès has given to the Question 8(2)(e)
34 that the Tribunal poses in its letter of February 19th. And to repeat,

35

36 *"The Parties are invited to explain their views of the relevance of possible Chilean*
37 *Court judgments ordering Chile to produce documents evidencing payments to*
38 *Barristers of Essex Court Chambers and a possible refusal of the Government to*
39 *comply with such orders."*

40

41 Another point of relevance would be that--it would seem to us -- that, in
42 accordance with well-established Arbitral practice, it would be entirely appropriate for
43 the Committee to draw a negative inference from the refusal to produce such
44 documents without a satisfactory explanation. And the Chilean Court didn't think the
45 Government's explanation was satisfactory.

1
2 And so, it would be open to the Committee to draw the negative inference that
3 these documents, having not been produced, there would have--there was a very
4 significant financial relationship between Essex Court Chambers and the Republic of
5 Chile that might well have--a reasonable person might have thought would have had
6 the risk of affecting the impartiality and independence of the Arbitrator Barristers from
7 those Chambers.

8 Thank you.

9

10 **Dr Garcés.-** Est-ce-que, Monsieur le Président, je vous ai bien compris, la possibilité
11 de permettre de s'exprimer, sur ce point que j'ai évoqué tout à l'heure, à notre conseil,
12 était notre choix ? C'était nous qui décidions ou c'était quelque chose déjà décidé par
13 le Comité ?

14

15 **M. le Président.-** Non, the Committee has not to say anything. It's your choice who
16 talks, and you have several counsel, so several counsel may talk.

17

18 **Dr Garcés.-** Thank you very much. Merci. Pouvez-vous répondre, Mr Cadman, à ce
19 point précis, la règle d'arbitrage n° 6 par rapport aux arbitres/ *barristers* ?

20

21 **Me Cadman.-** I think that the starting point is that not all chambers operate the
22 same way. Different chambers operate in different ways.

23

24 In terms of the question as to whether--sorry. I start again.

25

26 The starting point is that not all chambers operate in the same way.
27 International commercial chambers may operate very different to Chambers that do
28 purely domestic criminal and civil work. And so, the way that they operate may be
29 quite different.

30

31 In terms of the question relating to Rule 6, as to whether there is an obligation to
32 disclose--and I'm treading very carefully here that I don't say something that hasn't
33 been mentioned previously--that the rule in the United Kingdom was previously, for a
34 number of years, on the basis of actual bias.

35

36 And the question recently came before the Court of Appeal in the United
37 Kingdom, actually, 2018, as to whether there was an obligation to disclose. And the
38 Court of Appeals said there was. I can certainly make sure that the Committee has a
39 copy of that Decision if that assists.

40

41 So, I think the position is that there is very much a duty to disclose. And one of
42 the questions that came up earlier is, in circumstances where the information is not
43 known to the individual Arbitrator, or there is information that he does not feel that he
44 can disclose, then, obviously, the option then open to that particular Barrister is to
45 withdraw their name from consideration for the appointment if they are unable to
46 comply with full disclosure.

47

48 In very much the same way as any judicial appointment would be, there is, very
49 clearly, an obligation when you are signing an authority that you can be appointed. If
50 there are circumstances that call into question a conflict or creates the perception of
51 lacking impartiality, then, of course, it stands to reason that you would not be able to
52 put your name forward.

1
2 Now, the reason why I said that different Chambers have different practices,
3 when we look at Barristers being in independent practice--and traditionally the role
4 was that Barristers operate completely independent of other members of Chambers.
5 And it is not uncommon for two members of Chambers--two members in the same
6 Chambers, to be on opposing sides in the same dispute. That happens frequently.

7
8 But this is an entirely different set of circumstances. And the reason why we
9 believe you have to look at the different structures--and, certainly, that was a request
10 that we put to Essex Court Chambers, in terms of their structure, their financial
11 arrangements.

12
13 And the reason why I make that point--and please stop me if I'm not permitted to
14 make this point on the financial structure of Essex Court Chambers--is because the
15 Committee doesn't know what the financial structure of that is, because there has
16 been a blanket refusal to respond.

17
18 And the reason why that's important is the distinction between a law firm and a
19 Barristers Chambers is because Barristers are not partners. It's is not a partnership
20 in the same sense as a law firm.

21
22 But what many Chambers have are private limited companies that operate as
23 part of the same system, and members of Chambers can be shareholders within that
24 private limited company. And that's important when considering a matter such as
25 this, because there could have been a financial interest.

26
27 When we're talking about fees of the level which has been suggested in this
28 matter, if there is a private limited company, Essex Court Chambers, Limited, then it
29 is a reasonable question to ask if either of the Arbitrators are shareholders within
30 that, because they would have received, at the end of each year, a share of the
31 profits made by Chambers.

32
33 And that is a particularly important point to consider when analyzing the
34 question as to whether there was a duty to disclose.

35
36 And the Committee cannot possibly come to a Decision without understanding
37 the structure of Chambers, generally, and Essex Court Chambers, in particular. And,
38 as I've said, there has been a blanket refusal to provide any of that information.

39
40 The other question is this reliance that an individual member of Chambers would
41 not know what other members of Chambers are--or what cases they're involved with,
42 what instructions they have.

43
44 And that may well be so in a Chambers like Essex Court Chambers, that has a
45 large number of Barristers doing different cases all over the world.

46
47 But, of course, there is nonetheless, in every chambers system, a management
48 committee that is composed of the senior members of Chambers. And marketing
49 and business planning is very much a part of that process.

50
51 So, for a Barrister member to say that they are unaware of any prior
52 engagement by other members of Chambers by the Government of Chile is a matter
53 that is very difficult to believe considering the size of the fees that are coming into
54 Chambers over a period of time.

55

1 But also a question that should be asked is what inquiries did those Barrister
2 members make prior to accepting an appointment as an Arbitrator; and should there
3 have been a requirement for them to meet such a requirement.

4
5 And our submission is, yes, absolutely there should have been because,
6 otherwise, they are not complying with Rule 6, as Dr. Garcés has already stated.

7
8 So, there is this general obligation to make inquiries.

9
10 But the--the overriding question as to the structure is very, very important.
11 The Committee should have answers to that question in order to make such
12 a--sorry--such a determination.

13
14 The other point that I would make, as was mentioned by Mr. Di Rosa earlier,
15 was whether this actually means that every Barrister member who has been
16 appointed as an Arbitrator should not have been appointed because they have failed
17 to make such disclosures.

18
19 I think the Committee needs to be also aware of the evolution of Barristers'
20 Chambers and the almost fusion of the professions of Solicitors and Barristers in the
21 United Kingdom now, whereas, Barristers now conduct litigation, and Solicitors are
22 appointed as advocates.

23
24 So, there is a gradual change in how the profession is perceived, both
25 domestically and internationally, over a number of years. With the concept now that
26 you have institutions, legal--legal groups that are composed of Barristers and
27 Solicitors, there is very much a change in the way the Bar is now considered.

28
29 And so, all of these matters are important considerations when considering
30 what obligations these two Arbitrators had prior to accepting that appointment.

31
32 And it is clear that those disclosures were not made and that inquiries do not
33 appear to have been made, but I don't understand how the Committee can make an
34 effective ruling without having that information.

35
36 **M. le Président.**- Thank you very much. Dr. Garcés.

37
38 **Dr Garcés.**- Merci, Monsieur le Président. Nous avons également... été portés bien
39 contre notre volonté à une deuxième récusation²², et je vais l'évoquer d'une manière
40 succincte, dans le cas de M. Berman.

41
42 Dans les échanges qu'il y a eus lors de la première récusation, nous avons évoqué
43 une décision²³ qui était du domaine public dans l'affaire Vanessa, où il était dit qu'à
44 cause d'un conflit d'intérêt entre M. Veeder, président du tribunal Vanessa, et un
45 conseil qui appartenait à la même *chamber* que M. Veeder, il a été obligé de
46 démissionner comme président. Et nous avons invoqué ce précédent Vanessa pour
47 dire : Ici, il s'est passé quelque chose du même genre, de la même nature, un conflit
48 d'intérêt, mais cette fois-ci, à un niveau supérieur parce que c'est avec une partie – ce

²² Pièce C159

²³ Pièce C122

1 n'est pas un conseil – mais c'est une partie sur laquelle vous allez vous prononcer en
2 qualité d'arbitre.

3

4 La réponse de M. Veeder a été : Vous n'étiez pas conseil dans l'affaire Vanessa,
5 donc vous ne connaissez pas Et il a dit, d'une manière courtoise mais claire, que ce
6 que nous affirmions – c'est qu'il avait démissionné à cause du conflit d'intérêts avec un
7 autre membre de sa *chamber* – n'avait pas de fondement.²⁴

8

9 Nous étions dans une situation d'inégalité, parce que les conseils, c'était *Vanessa*
10 *c/ Venezuela*, les conseils du Venezuela, dans cette affaire, c'étaient M. Paolo Di Rosa
11 et d'autres illustres confrères qui siègent devant moi. Eux, ils savaient ce qui s'était
12 passé dans la séance de Vanessa. Monsieur Veeder le connaissait. Nous n'avions
13 que la référence à la décision de juridiction²⁵, où il y avait deux lignes que nous avons
14 interprétées dans ce sens-là.

15

16 Alors, nous nous sommes adressés au secrétariat général du CIRDI pour que la
17 preuve de ce que la réponse de M. Veeder était « *misleading* », soit produite.²⁶

18 Cette preuve se trouvait dans le dossier Vanessa. La réponse du Secrétariat a été
19 qu'il ne pouvait pas révéler le contenu. Nous avons quand même réussi à avoir la
20 transcription de la procédure Vanessa et nous avons pu démontrer – et vous pouvez
21 la lire, elle figure dans le dossier²⁷ – comment ce que nous avons soutenu était
22 correct.

23

24 Monsieur Veeder a démissionné de la présidence du tribunal quelques minutes après
25 que M. Goodman, qui était également conseil avec Me Di Rosa, a tenu à dire qu'il
26 n'acceptait pas que M. le président Veeder soit dans le tribunal si l'autre conseil était
27 présent également dans la procédure. Et c'est après cela qu'il a démissionné.

28

29 Par conséquent, le rapport de cause à effet, nous avons pu le démontrer. Et, bien
30 entendu, nous avons exercé notre droit de dire : « Monsieur Veeder ne peut pas
31 continuer à être arbitre » -- et je l'ai beaucoup regretté parce que j'ai nommé M. Veeder
32 arbitre—« il ne peut pas continuer à être arbitre dans cette procédure en rectification
33 d'erreurs parce qu'il a donné une réponse '*misleading*' au Président du Conseil
34 administratif ».

35

36 Nous avons donc soumis la deuxième récusation à M. Veeder.²⁸

37

38 Réponse du Président du Conseil administratif : Messieurs, vous faites un appel à la
39 première décision du Président du Conseil administratif. En substance, c'est ce qu'on
40 nous a répondu. C'est-à-dire : encore une fois, M. le Président du Conseil administratif

²⁴ Pièce C167

²⁵ Pièce C122

²⁶ Pièce C198

²⁷ Pièces C168, C169, C166

²⁸ Pièces C161, C164

1 n'a pas voulu se prononcer sur le fond, alors qu'il avait les preuves que nous avons
2 produites du dossier Vanessa.²⁹

3

4 Un mot également par rapport à la deuxième récusation de M. Berman.³⁰ Lorsque
5 nous avons soumis la récusation n° 2 de M. Veeder, c'étaient les deux arbitres restants
6 qui devaient se prononcer -- c'est l'article 58 de la Convention, qui établit que lorsqu'il y
7 a une récusation ce sont les deux arbitres qui décident de cette récusation.

8

9 Alors, j'ai trouvé que si nous soutenions qu'il y avait un conflit d'intérêts -- nous l'avons
10 soutenu pendant les semaines antérieures -- que le fait que M. Berman devait trancher
11 sur la récusation n° 2 de M. Veeder, étant les deux membres de la même chambre...

12

13 **M. le Président.**-Wrong (?). It's corrected for the record.

14

15 **Dr Garcés.**- Oui. C'est-à-dire, je parle de la décision de récusation de M. Veeder pour
16 *misleading*. Que nous ne pouvions pas ne pas réagir à cela si nous avons la preuve
17 de cela !

18 Conformément à la Convention, la récusation d'un arbitre individuel devait être résolue
19 par les deux autres arbitres, M. Mourre et M. Berman. Et nous avons indiqué que nous
20 étions cohérents avec nous-mêmes --si nous parlions des conflits objectifs, objectifs,
21 d'intérêts -- que M. Berman, étant membre de la même *chamber* que M. Veeder, ne
22 pouvait pas vraiment se prononcer sur cette récusation.³¹

23 La réponse de M. Berman a été d'invoquer un article de la Convention --le n° 58-- en
24 disant qu'il était exempté de se prononcer sur cette récusation de son confrère
25 M. Veeder.³²

26 Il y avait là une question tout à fait différente : nous disions à M. Berman : « Là, il y a
27 un conflit d'intérêts », mais la réponse qu'il nous a donnée « c'est l'article ... » -- c'est
28 indiqué dans la récusation -- « cet article me permet de m'excuser de faire partie ... de
29 décider sur la récusation que vous avez formulée de M. Veeder ». Je n'ai pas sous les
30 yeux cette récusation, vous l'avez ?

31

32 **M. le Président** (*interprétation de l'anglais*).- J'ai la lettre.

33 **Dr Garcés.**- La lettre. Est-ce que je peux la voir ? Merci.

34

35 **M. le Président** (*interprétation de l'anglais*).- Bien sûr. This is the letter of Mr. Berman.
36 It's not anything on it. It's in the record, so can I give it to them simply to simplify his
37 life?

38 (*Assentiment de Me Di Rosa.*)

39

²⁹ Pièce C165

³⁰ Pièce C161

³¹ Pièce C159

³² Pièce C160

1 **Dr Garcés.**- Voilà, oui, en effet, c'est le dernier paragraphe de cette lettre où
2 M. Berman répond :

3 (*Poursuit en anglais.*)

4 « *For all the above reasons, it would be more conducive to the health of the arbitration*
5 *system under the Convention and the Rules if the new challenge, like the old, were to*
6 *be heard and decided by the Chairman of the Administrative Council...*"³³

7 -- "*The old*" c'était la récusation simultanée de M. Berman et de M. Veeder³⁴, donc
8 obligatoirement, c'était le Président qui devait trancher cette récusation. Mais ici nous
9 étions vis-à-vis la récusation d'un seul arbitre, M. Veeder, pour *misleading* dans sa
10 réponse. Donc, il ne pouvait pas dire :
11 (*poursuit en anglais*):

12 « *that the new challenge* » --Mr Veeder, *seulement* -- «*like the old, were to be heard*
13 *and decided by the Chairman of the Administrative Council.* »

14 Nous avons considéré que cette réponse était contraire, que cette réponse...

15 (*Intervention de la sténotypiste anglophone.*)

16

17 **M. le Président.**- You are giving me my letter back right?

18

19 **Dr Garcés.**- Oui.

20

21 **M. le Président.**- Thank you.

22

23 **Dr Garcés.**-Thank you very much. Il y a eu donc là une interprétation, une application
24 dans le cas précis, qui enfreignait, de notre point de vue, l'application de l'article qui
25 dispose... que lorsqu'il s'agit d'un seul membre du tribunal qui est récusé c'est
26 l'obligation des deux autres de trancher, cette décision. Et nous avons donc considéré
27 que cela était encore une preuve additionnelle -- dans le contexte où avaient été créés
28 les autres motifs de récusation -- pour considérer que M. Berman n'était pas impartial
29 par rapport aux Demanderesses. Et nous avons formulé par conséquent la deuxième
30 récusation individuelle de M. Berman. Je crois que c'était individuelle.³⁵

31 La réponse que nous avons reçue de Mme la Secrétaire Générale... Non, c'est le
32 Président qui a répondu, me semble-t-il... bon, mais peu importe... la réponse — c'est
33 dans le dossier³⁶ — a été que M. Berman pouvait s'exempter lui-même du devoir que
34 lui impose cette norme de la Convention lorsqu'il s'agit de décider la récusation d'un
35 seul membre par les deux autres arbitres.

36

37 Voilà donc le contexte dans lequel les récusations ont été menées par
38 les Demanderesses.

39

³³ Ibid.

³⁴ Pièce C118

³⁵ Pièces C161, C162, C163, C164, C174

³⁶ Pièce C165

1 J'anticipe la réponse que va nous dire demain la partie Défenderesse en disant que --
2 cela a déjà été évoqué -- que c'est la pratique de la *chamber* en question de nommer
3 des membres de la *chamber* pour représenter des Parties opposées.

4

5 Elle cite le cas de l'*Affaire Bolivie c. le Chili* ou le *Pérou c. le Chili*... Bolivie en
6 particulier, où deux membres de la même *chamber* représentaient, l'un, la Bolivie, et
7 l'autre le Chili. Mais là, il y a une grande différence avec notre situation. C'était public.
8 La Bolivie savait que le Chili avait engagé les services d'un *barrister* de cette *chamber*
9 et le Chili savait que la Bolivie avait également engagé un...

10

11 Dans notre cas, nous étions dans le noir le plus absolu, comme l'a expliqué
12 Mme Muñoz. Si la Bolivie sait et le Chili sait, il y a un consentement mutuel pour que
13 deux *barristers* de la même *chambers* agissent chacun au service de deux Parties
14 opposées.

15

16 Dans notre cas, nous n'avons pas donné ce consentement, parce que nous l'ignorions.
17 Si nous l'avions su, si les deux arbitres en question de cette *chamber* avaient respecté
18 l'article 6, la règle d'arbitrage n° 6, et avaient dévoilé que, dans les *Essex Court*
19 *Chambers*, il y avait des membres qui avaient été engagés par le Chili, nous n'aurions
20 jamais accepté volontairement la nomination de M. Berman comme président par le
21 Centre, ni moi, certainement, qui prenais la décision, n'aurais jamais nommé
22 M. Veeder. Et je vais vous prouver pour quelle raison, et c'est également dans les
23 dossiers.

24

25 Lorsqu'il s'est agi de la requête en resoumission, le premier arbitre auquel nous avons
26 songé et envisagé, c'était M. Van den Berg. Nous avons produit la correspondance.³⁷
27 Nous l'avons invité, et il nous a répondu : « J'accepte d'être l'arbitre nommé par vous
28 dans la resoumission, mais il faut que vous sachiez qu'il y a quatre ou cinq ans, je
29 représentais l'État du Chili dans une affaire devant une cour nationale hollandaise. » Et
30 vous pouvez lire la réponse. C'est avec à contre cœur, M. Van den Berg, que compte
31 tenu des circonstances qui se sont produites dans cette affaire, je dois retirer mon
32 invitation.

33

34 À tel point que nous étions sensibles à ce qui s'était passé avec M. Leoro Franco
35 pendant la procédure initiale.

36 Par conséquent, ceci expliquera au Comité *ad hoc* que nous devons agir comme nous
37 avons agi, et nous estimons que dans la mission qui vous a été confiée de préserver
38 l'intégrité du système d'arbitrage du CIRDI, la décision que vous allez prendre peut
39 avoir un aspect positif et nous avons produit tous les éléments, tous les faits, et les
40 fondements de droit, pour que vous puissiez prendre la décision que vous allez
41 prendre avec la plus large information, et au profit du système d'arbitrage international,
42 parce que nous sommes pour le renforcement et le sérieux du système d'arbitrage
43 international.

44

³⁷ Pièces C259, C224

1 Si nous sommes aujourd'hui devant vous, c'est parce que nous avons trouvé un
2 tribunal arbitral qui a prononcé la Sentence initiale, et nous avons trouvé un Comité
3 *ad hoc* qui a confirmé cette Sentence initiale.

4

5 S'il n'y avait pas eu la possibilité de faire recours au droit international, de faire recours
6 à l'arbitrage international, le droit de M. Pey comme propriétaire n'aurait jamais été
7 reconnu.

8

9 Donc nous sommes reconnaissants au système d'arbitrage international. Et soutenir,
10 comme nous le faisons devant vous, cette demande en annulation, pour nous,
11 constitue un effort matériel énorme. C'est un effort héroïque que vous ne pouvez pas
12 imaginer de soutenir cette demande en annulation.

13

14 Mais vous pouvez anticiper que la conséquence, si nous emportions cette demande en
15 annulation pour les Demanderesses, qu'est-ce qu'elle serait ? On serait dans la
16 situation de 2013, avant la soumission de la demande en resoumission, c'est-à-dire
17 l'effet immédiat et matériel est très relatif.

18

19 Par contre, si nous emportions l'annulation -- et c'est à vous, bien entendu, dans ces
20 cas-là, de raisonner pourquoi et comment -- la contribution que ces Demanderesses
21 auraient faite au renforcement de la transparence et de l'égalité et de la solidité, disons
22 de la crédibilité du système arbitral du CIRDI, serait renforcée, parce que le système
23 lui-même serait capable de corriger les déficiences que nous avons soumise pour
24 justifier la procédure en annulation.

25

26 Voilà pour ce qui concerne les récusations

27

28 Maintenant, je vais passer... combien de minutes avons-nous encore ?

29 **M. le Président.**- How much time do we have left?

30 **Mme Bergamini.**- 46 minutes left.

31 **M. le Président.**- 46 minutes left.

32 Court reporters Do you want two minutes just to walk?

33

34 **The Court:** Please.

35

36 **M. le Président.**- Let's have a very, very short break, simply, you know, turning
37 around and come back again. Okay? Thank you.

38 (*Suspendue à 19 heures, l'audience est reprise à 19 heures 05.*)

39 **M. le Président.**- Please claimant continue.

40 **Dr Garcés.**- Merci, Monsieur le Président. Pour terminer, la situation est différente
41 par rapport à l'exemple qui nous est offert par l'autre Partie de la Bolivie et du Chili --
42 avec des avocats, des conseils de la même *Chamber*, et, également, pour une autre
43 raison, c'est que lorsque des membres de la même *Chamber* représentent deux États,
44 les deux États sont des clients très importants pour une *Chamber*, et donc ce sont des
45 contributions financières multipliées par deux.

1 Par conséquent, la possibilité que ces conseils de la même *Chamber* qui travaillent
2 pour des parties opposées respectent l'indépendance des conseils, est
3 compréhensible. Le conflit d'intérêts ne se pose pas dans la mesure donc que les deux
4 facteurs sont présents: la connaissance et le consentement des parties à ce fait-là, et
5 l'équilibre des contributions financières des deux parties à la *Chamber*.

6 Mais dans notre cas, la contribution financière était zéro par rapport à la contribution de
7 l'État du Chili à la *Chamber* pour le présent et pour l'avenir, tout notre patrimoine est
8 confisqué. Par conséquent, la Fondation Président Allende et M. Pey n'étaient pas des
9 clients potentiels de la *Chamber* dont on peut dire : nous allons faire le même
10 traitement de qualité que par rapport à la Bolivie et le Chili.

11 Je ne parle pas de procès d'intention ; je parle tout simplement du rapport financier et
12 des rapports d'égalité entre deux États et l'État du Chili et nous-mêmes par rapport à la
13 *Chamber* et les membres de la *Chambers* qui ont siégé dans le Tribunal arbitral.

14 Maintenant, je vais faire référence, avec votre permission, à la décision du Tribunal
15 dans la procédure de rectification d'erreurs matérielles, d'imposer les frais aux parties
16 Demanderesses.

17 La demande de rectification d'erreurs a été l'initiative de cette Partie. Il y avait quatre
18 erreurs qui sont importantes. Nous avons dit tout à l'heure à quel point ces erreurs-là
19 fondent le cheminement du développement postérieur de la Sentence.

20 Nous devons exercer le droit de rectifier ces erreurs et nous avons pu démontrer que
21 c'étaient des erreurs --peut-être n'étaient pas des erreurs, c'est également possible --
22 parce que si nous ne le faisons pas sous la procédure de rectifications d'erreurs, nous
23 n'aurions pas pu le demander à un Comité d'annulation. Par conséquent, en toute
24 bonne foi, nous avons exercé ce droit de rectification.

25 Il est vrai que la partie Défenderesse, après avoir protesté que cette rectification
26 d'erreurs matérielles était une rectification qui, en fait, visait un autre but, de trouver un
27 prétexte pour restaurer le Tribunal de resoumission et permettre d'exercer la
28 récusation -- je répète : nous ne cherchions pas la récusation, nous ne l'avons jamais
29 recherchée-- les quatre rectifications que nous avons proposées ont été acceptées, les
30 quatre !

31 Et cependant, le Tribunal de resoumission nous a imposé les frais !

32 Alors, je trouve que là, il y a un motif d'annulation que nous invoquons.

33 D'un côté, nous avons recherché tous les précédents dans le système CIRDI où on
34 imposait les frais d'une demande de rectification d'erreurs matérielles à la partie dont la
35 totalité de la rectification a été acceptée par un tribunal: nous ne les avons pas trouvés.
36 Ils n'existent pas, à notre connaissance.

37 Nous avons produit dans le dossier la décision en rectification de l'Affaire *Marco*
38 *Gavazzi c. Roumanie*³⁸:

39 « *Taking into account the Tribunal's decision, which resulted in one arithmetical*
40 *rectification to the Award, and the rejection of other rectifications, the Tribunal*
41 *determines that each Party... ».*

42

43 Nous avons produit la Pièce C205, *Philip Morris c. Uruguay*, décision du 26 septembre
44 2016, où également -- d'ailleurs, la secrétaire du tribunal était Mme Bidegain-- et où :

45

³⁸ Pièce CL284

1 « *The Tribunal has found merit in part of the Request. Therefore, each Party shall bear*
2 *the expenses incurred by it in connection with this Decision and one-half of the*
3 *Tribunal's ...* » etc. .

4

5 Nous avons produit la Pièce C204, *Noble Ventures vs. Romania*, avec la même
6 conclusion.

7

8 La décision en rectification de l'Affaire *Maffezini c. Espagne*³⁹ va dans le même sens.

9

10 Et dans la Pièce 202, *Içkale İnşaat c. Turkmenistan*, la décision concernant les costs :

11

12 « *Both parties request that the Tribunal award the costs incurred by them in connection*
13 *with these proceedings under Article 49(2) of the Convention.*

14 *Having considered the Parties' positions, and taking into account the Tribunal's*
15 *decisions, which resulted in two clerical corrections to the Award, the Tribunal*
16 *determines that each Party shall bear their legal and other costs and half of the*
17 *Tribunal's fees* », and so on.

18

19 Il n'y a pas d'exception. L'exception, c'est cette affaire. Vous avez gagné la
20 rectification : vous payez les frais de la rectification. C'est pour nous encore une
21 manifestation de biais. Et nous demandons donc que cette décision relative à la
22 condamnation à payer les frais de la rectification soit annulée.

23

24 Nous avons indiqué que le Tribunal, dans sa décision, n'a pas fait la différenciation de
25 quel pourcentage de cette sanction correspondait aux récusations, parce qu'on pourrait
26 nous dire : « Ah ! Mais vous n'avez pas eu gain de cause dans la récusation. Par
27 conséquent, vous devez donc subir les conséquences de ne pas avoir réussi dans la
28 récusation ».

29

30 Alors là, j'ai trois raisons pour m'opposer à cette conclusion et vous demander de
31 l'annuler.

32

33 La première, elle est que la récusation est un droit.

34

35 Lorsqu'une partie a des éléments de jugement que le Tribunal n'agit pas
36 conformément aux standards qu'on peut attendre de lui, le remède, c'est la récusation,
37 parce que sinon, il consent à cela. Nous avons été acculés à la récusation lorsque le
38 Tribunal s'est refusé à ouvrir une enquête raisonnable.

39

40 Le fait d'avoir exercé ce droit ne peut pas, ne doit pas être puni. Nous avons agi de
41 bonne foi et cependant, on nous impose... sans dire quel pourcentage.

42

³⁹ Pièce C203

1 Le fait qu'il n'y ait pas indiqué quel pourcentage des frais qui nous sont imposés
2 correspond à la récusation où nous n'avons pas réussi, c'est également un motif
3 d'annulation. Parce que le Comité n'a pas l'autorité pour déterminer quel pourcentage
4 correspond à la rectification --où vous avez gain de cause-- et quel pourcentage
5 correspond à la récusation où vous n'avez pas eu gain de cause.

6

7 En droit chilien on dit : la dette n'est pas « liquide », en espagnol. La dette n'ayant pas
8 été précisée, elle doit être annulée. En termes de chez nous, c'est très clair.

9

10 La troisième raison : elle a été raisonnée dans un document de doctrine que nous
11 avons produit à la Pièce C153. C'est un ouvrage de référence de Karel Daele :
12 *Challenge procedure*.

13

14 La conclusion de cette étude, une étude très fouillée sur le remède de la récusation,
15 est la suivante. Elle fait référence à :

16

17 « *Other Tribunals have applied the "costs follow the event" principle according to which*
18 *the challenging party will incur the full costs of the challenge procedure in case the*
19 *challenge is unsuccessful.* ».

20

21 Il répond à ce précédent :

22

23 « *This should not become the standard practice, at least not in investment arbitration. It*
24 *should not be forgotten that there is virtually no control at the appointment stage over*
25 *the qualities of the arbitrators appointed; that the filing of a challenge is the only option*
26 *open to a party that has doubts over an arbitrator's impartiality or independence; that it*
27 *is an absolute requirement that each member of the Tribunal is and remains throughout*
28 *the arbitration competent, independent and impartial; that the challenging party must*
29 *decide to bring a challenge within a short period of time on the risk of losing the right to*
30 *bring a challenge and that the stakes in investment arbitration cases are huge and*
31 *often involve a public interest aspect. Based on these elements, a party should not be*
32 *penalized by having to bear the full costs of a good faith challenge, even if it is*
33 *ultimately dismissed* ».

34

35 C'est une opinion autorisée qui partage parfaitement l'approche que nous menons par
36 rapport à cette condamnation imprécise sur les frais de la récusation.

37

38 Il reste maintenant, donc, si je ne me trompe pas, la réponse à la demande
39 complémentaire.

40 **M. le Président.** I didn't understand the last part. What did you—

41

42 **Dr Garcés.** - La réponse des Demanderesses à la demande complémentaire relative à
43 l'incident de procédure qui s'est produit pendant la première audience du mois de
44 février.

45

1 **M. le Président.**-But only to avoid that nobody has the idea that you withdraw a claim,
2 or whatever, in your--that is not a question--in your "Réplique," you have also asked for
3 the Annulment because the Tribunal Resubmission did not address your consequential
4 costs.

5 If you say now simply, "I'll refer to the files," and "We don't want to go into the
6 argumentation because it's so late," we would be happy to hear that. But if you don't
7 say anything, we might get the impression that you withdraw the claim, and that, you
8 probably do not want to do.

9 That is why I want to remind you that there is something open. But if you
10 simply say, "I'll refer to the files," then we know that you didn't withdraw.
11

12 **Dr Garcés.**- Merci beaucoup encore une fois, M. le Président, pour la clarté et la
13 *fairness* de votre direction de la présente séance. En effet, nous disons oui, et nous
14 nous référons à ce que nous avons manifesté dans nos écritures. En rappelant, quand
15 même, que dans la réponse en Réplique, le dernier Mémoire en Réplique que nous
16 avons produit, nous avons indiqué que le fait que l'un des motifs d'annulation que nous
17 avons évoqués dans la Requête ou dans le Mémoire ne soit pas reproduit dans la
18 Réplique ne signifie pas qu'il soit abandonné, tout simplement on ne souhaite pas se
19 répéter. Donc, nous allons dans le même sens.

20

21 **M. le Président.**- And to add to my fairness that you say it so nicely. Thank you very
22 much for that.

23 I wanted to ask you the question whether you maintain or withdraw a claim that
24 the Committee annuls the cost decision in the Resubmission Award.

25 All your arguments that you just brought bring me to believe that you want an
26 Annulment of the costs and the costs submission--cost decision in the rectification
27 Decision, but not in the Annulment Award.

28 Unfortunately, in Paragraph 757 of the Mèmoire, you asked us to annul the cost
29 decision in the Resubmission Award. Study that and tell us tomorrow--or, no, on
30 Thursday, whether that is a typo or error or whether you insist on that.

31 But I had the impression more that it is an error on your part. Not now, but on
32 Thursday.

33

34 **Dr Garcés.**- Oui.

35

36 **M. le Président.**- And if we have--this is, then, the complete picture of the different
37 grounds and you have--you come to your additional request. Is that correct?
38

39 **Me. Munoz.**- Très clair, Monsieur le Président.

40

41 **Dr Garcés.**- Combien de minutes avons-nous maintenant ?

42

43 **M. le Président.**- *You want two minutes ?*

44

45 **Dr Garcés.**- Non, non, non. Pour le reste de la séance.

46

47 **Mme Bergamini.**- Trente minutes.

1

2 **Dr Garcés.**- Trente minutes ? Nous terminerons peut-être avant.

3 La demande complémentaire est une demande qui n'est pas agréable pour nous. Il ne
4 m'est jamais arrivé de demander de mettre en question le comportement d'un arbitre
5 dans ma carrière professionnelle. Pardon, d'un conseil – nous sommes déjà fatigués à
6 cette heure-ci. Mettre en question un conseil, cela ne m'est jamais arrivé.

7

8 Et, en fait, ce n'est pas le conseil que je mets en question, mais c'est le
9 *modus operandi* de la Partie défenderesse. Et je le dis comme cela, en latin :
10 *modus operandi*.

11

12 De créer des images virtuelles qui sont perçues comme une réalité, à un moment
13 donné, soit par le Tribunal dans les phases antérieures de la procédure, soit lors de la
14 première réunion, le 16 février 2018, qui ont des conséquences. Et ces conséquences-
15 là peuvent être fatales dans cette procédure en annulation parce que nous n'avons pas
16 la possibilité d'un remède à la décision que vous allez prendre.

17

18 Par conséquent, nous avons indiqué que ce qu'il s'est passé lors de la première
19 réunion que nous avons eue le 16 février n'était pas un cas isolé, c'était une nouvelle
20 manifestation de ce *modus operandi*, et que nous devons réagir en prévision de ce
21 que serait la suite de la procédure en annulation. C'est pourquoi nous vous avons
22 demandé de prendre des mesures pour assurer l'équité et l'objectivité du
23 développement de la procédure en annulation.

24

25 Nous avons vécu ce soir encore ce que j'ai appelé tout à l'heure une nouvelle
26 manifestation d'images virtuelles, parce que l'on a prétendu que les questions de droit
27 anglais n'avaient pas été soumises dans nos Mémoires antérieurs. Nous avons
28 démontré où on peut trouver des paragraphes et des paragraphes portant sur le droit
29 anglais et les *barristers arbitrators*.

30 Par conséquent, en prévision de ce que pourrait être la suite de la procédure en
31 annulation, nous avons pris acte de votre décision, lorsque vous avez
32 interrompu la séance initiale pour décider si vous adoptiez ou non des
33 sanctions envers les Demanderesses pour avoir... --la liste est longue de ce
34 dont on nous a accusés, pour encourager ou pour porter à interrompre la
35 séance, et délibérer comment répondre à cette liste d'invectives que nous avons
36 entendue.

37

38 Vous avez dit, Monsieur le Président, que le Comité était disposé, prêt à
39 exercer les pouvoirs inhérents -- vous avez dit : « *le peu de pouvoirs inhérents*
40 *que nous avons pour appliquer des sanctions au cas où des situations pareilles*
41 *se développeraient* ». À l'une et à l'autre Partie, vous avez indiqué. Nous avons
42 compris, par conséquent, qu'il y avait, dans l'esprit du Comité *ad hoc*, un effet
43 de cette situation virtuelle. Consistant à quoi ? À dire que l'injonction du Tribunal
44 de Santiago ordonnant au Ministère des Affaires Étrangères de révéler le rapport
45 économique existant avec les membres des *Essex Court Chambers*, que cette
46 injonction du 24 juillet 2017 avait été *vacated* en octobre 2017.

47

1 Nous avons dit : « *Non, ce n'est pas vrai, ce n'était pas vacated* », et nous avons
2 démontré par la suite que cela n'a pas été *vacated*. Parce que « *vacated* », si j'ai bien
3 compris, en anglais, signifie « *classé sans suite* » en français.

4 Et, si l'affaire avait été classée sans suite, il n'y aurait pas eu les décisions qui ont suivi.
5 La comparution du représentant de l'État devant le juge de Santiago en disant : « *Ce*
6 *sont des documents confidentiels, c'est l'intérêt de l'État qui est en jeu et nous ne*
7 *pouvons pas révéler ces informations.* »

8

9 Il n'y aurait pas eu lieu à un appel, lorsque, finalement, le Juge de Première Instance a
10 accepté cette théorie. Et, certainement, nous n'aurions pas eu la décision de la Cour
11 d'appel de Santiago ordonnant au juge de première instance que ces documents que
12 nous demandions n'étaient pas soumis au secret d'État ni à l'intérêt national.

13

14 Par conséquent, l'image qui a été créée de l'autre Partie est une image qui ne pouvait
15 pas être accidentelle. Ils savaient parfaitement que l'affaire n'avait pas été *vacated* et,
16 cependant, ils l'ont soutenu de toutes leurs forces. Et ils ont maintenu la même position
17 jusqu'à maintenant. Ils ont eu l'opportunité de dire : « *En effet, nous avons appris*
18 *postérieurement que l'affaire n'avait pas été classée sans suite* » et nous aurions
19 accepté parce que l'on peut se tromper. Moi, vous avez vu que je me suis trompé
20 plusieurs fois pendant la procédure. Il y a eu plusieurs rectifications dans les Mémoires
21 et dans nos communications.

22

23 L'erreur est toujours possible, mais ce qui n'est pas admissible, c'est de persister dans
24 une position dont on sait qu'elle n'est pas vraie et authentique.

25

26 *Errare humanum est*, m'indique Hernán. Merci pour le latin.

27

28 Par conséquent, nous devons donc maintenir cette demande. Et le fondement
29 légal de cette demande se trouve dans ce que nous vous avons demandé lors
30 de la préparation de la première Ordonnance de procédure, c'est-à-dire
31 l'invocation des règles de l'IBA relatives au comportement des professionnels
32 du droit et, également, le fait, que le Comité l'a accepté, que l'Ordonnance de
33 procédure n° 1 a admis – je cite – « *le droit de chaque Partie de présenter des*
34 *arguments de fond ou de procédure basés sur toute norme dont elle souhaite établir la*
35 *pertinence* ». C'est l'Ordonnance de procédure n° 1.

36

37 Nous avons, dans notre demande complémentaire, invoqué cette Ordonnance de
38 procédure n°1, et particulièrement la règle n° 9 de l'IBA sur la représentation
39 des Parties, qui prévoit – je cite :

40

41 « *Le représentant d'une Partie ne doit pas sciemment communiquer*
42 *au Tribunal arbitral des informations inexactes quant au fait de la cause.* »

43

44 Le commentaire à la règle n° 2.1 de l'IBA relative au comportement des professionnels
45 du droit affirme, quant à lui :

46

1 « *A lawyer shall not knowingly make a false statement of fact or law in the course of*
2 *representing a client or fail to correct a false statement of material fact or law previously*
3 *made by the lawyer.* »

4

5 Et la règle n° 5.1 :

6

7 « *A lawyer shall treat client's interest as paramount, subject always to there being no*
8 *conflict with the lawyer's duties to the court and the interests of justice, to observe the*
9 *law, and to maintain ethical standards.* »

10

11 Ce sont donc ces normes-là que nous avons invoquées dans la demande
12 complémentaire et que... Nous soumettons que nous avons pu produire la preuve que
13 l'injonction du 24 juillet 2017, du 28^e Tribunal civil de Santiago, n'avait pas été classée
14 sans suite au mois d'octobre 2017.

15

16 Elle était toujours vivante.

17

18 Et c'est grâce à cela, donc, que nous pouvons démontrer que vous avez été portés à
19 interrompre la session initiale sous l'effet de l'ambiance qui avait été créée -- il suffirait
20 de relire la transcription.

21

22 Nous avons demandé à ce moment-là, et nous le maintenons aujourd'hui, que
23 le Comité, au moment où il devra se prononcer sur les frais de la procédure en
24 annulation, tienne compte de cet incident.

25

26 Voilà ce que j'ai à dire par rapport à ces demandes.

27

28 Il nous reste encore quelques minutes. Si vous souhaitez nous poser quelques
29 questions, nous vous répondrons très, très volontiers.

30

31 **M. le Président.**- Not now. We collect all these questions. I only wanted--what I wanted
32 to ask, actually, is that you make mostly reference to your--to your submission of 27
33 April 2018, because you insist on saying that you make reference to the submission
34 that you have made in preparation of the first Hearing.

35 Is that--is my understanding correct, that you also refer--at least also refer to your
36 submission that you have made on 27 April of 2018 on the integrity of the--of the
37 Proceedings?

38

39 **Dr Garcés.**- La Cette communication du mois d'avril, c'est, dans mon esprit, la
40 demande complémentaire.

41

42 **M. le Président.**- Yes.

43

1 **Dr Garcés.-** Oui. En effet.

2

3 **M. le Président.-** So. That is the one. Because it talks about the submission that you
4 have made in preparation of the first Hearing, but that is after.

5

6 **Dr Garcés.-** Non, si je me suis exprimé comme ça, je me suis trompé. C'est à rectifier.

7

8 **M. le Président.-** Ok.

9

10 **Dr Garcés.-** Avant l'audience initiale que nous avons eue, il y a eu un échange de
11 communications.

12

13 **M. le Président.-** So, this is the right, I have the right submission in front of me—

14

15 **Dr Garcés.-** Exact. Tout ce que je viens de dire fait référence à cela.

16

17 **M. le Président.-** OK. Because we'll have to ask substantial questions afterward.

18 I wanted to know where I am with my time.

19

20 **Dr Garcés.-** Merci encore une fois, Monsieur le Président.

21

22 **M. le Président.-** Thank you very much. So have make your presentation. And you
23 have--I have the impression that you have been given a good chance to do your
24 Presentation, although all these impertinent questions, especially that I have asked,
25 against my own initial big words of not asking too many questions.

26 So, you had the opportunity to present your case correctly and without any
27 inhibition. Is that--

28

29 **Dr Garcés.-** Oui, Monsieur le président et nous aurons encore l'opportunité
30 de compléter notre position après-demain. Merci beaucoup.

31

32 **M. le Président.-** Thank you very much. So let us adjourn the Hearing, and we will
33 meet again tomorrow, and you will have a possibility, then, to make your
34 Presentation.

35 We will start at 9:30, and you will have your full six hours, although the Claimants
36 only used 5 hours and 58 minutes.

37

38 **Me Di Rosa.-** (...)

39

40 **M. le Président.-** The only thing that I wanted to say at the outset, that the delay
41 today and the late sitting today is certainly also not in any way attributable to the
42 Claimants.

43 It is--they have presented their case in the six hours that they had, so, we
44 cannot blame, in any way, the Claimants of the late hour. But--what shall we do?
45 You would--of course, it's difficult to say now, yes, agreed, but you get one hour less.

1 I mean, that would be unfair, that I couldn't--I couldn't say. I couldn't even think.

2

3 **Me Di Rosa.-** (...)

4

5 **M. le Président.-** And you would not hold it against us for--

6

7 **Me Di Rosa.-** (...)

8

9 **M. le Président.-** Tomorrow evening, that's--

10

11 **Me Di Rosa.-** (...)

12

13 **M. le Président.-** Well, in that case--I'd love to sleep longer in the morning, so--
14 What's your opinion? Everybody agrees? Everybody agrees? 10:30 tomorrow
15 morning.

16 Thank you very much.

17 Thank you very much for the court reporters. Thank you very much for the
18 interpreters. Thank you very much for your patience.

19

20

L'audience est levée à 19 heures 36.