

CIRDI Affaire ARB/98/2

**AFFAIRE VICTOR PEY CASADO ET
FONDATION ESPAGNOLE «PRÉSIDENTALLENDE»
c. LA REPUBLIQUE DU CHILI**

**PROCÉDURE DE CORRECTION D'ERREURS MATERIELLES
CONTENUES DANS LA SENTENCE DU 13 SEPTEMBRE 2016**

**PROPOSITION MOTIVÉE ET RESPECTUEUSE DE
RECUSATION DES ARBITRES SIR FRANKLIN
BERMAN QC ET M. V.V. VEEDER QC**

**que les parties Demanderesses soumettent à Mme. la Secrétaire
Générale du CIRDI conformément aux articles 57 et 58 de la
Convention et 9 du Règlement d'arbitrage du CIRDI**

Washington, le 22 novembre 2016

PROPOSITION MOTIVÉE DE RESPECTUEUSE RECUSATION DES ARBITRES DU TRIBUNAL ARBITRAL SIR FRANKLIN BERMAN ET M. V.V. VEEDER

I. LE CONFLIT D'INTERETS APPARENT ENTRE LES DEUX ARBITRES MEMBRES DES ESSEX COURT CHAMBERS ET LA PARTIE DÉFENDERESSE, LA REPUBLIQUE DU CHILI . 7	
1. Le refus de Sir Franklin Berman et M. V.V. Veeder de révéler au Centre et aux investisseurs les rapports entre des membres de leur Chamber et l'Etat Défendeur	7
2. L'obligation de <i>disclosure</i> en droit anglais ne justifie pas la fin de non-recevoir de MM. Berman et Veeder opposée à la demande des Demanderesses.....	11
II. LA CONVENTION DU CIRDI.....	15
1. L'obligation de <i>disclosure</i> dans le système CIRDI contredit MM. Berman et Veeder	15
2. La doctrine des Tribunaux du CIRDI dans deux cas de conflit d'intérêts apparent entre des membres des Essex Court Chambers et des arbitres également membres de ces Chambers.....	18
3. Les Principes de l'International Bar Association (IBA) sur les conflits d'intérêts dans l'arbitrage international sont pris en compte dans le système CIRDI	19
III. LES CIRCONSTANCES SPÉCIFIQUES EN L'ESPÈCE	24
1. Les agissements continus de la République du Chili pour placer le Tribunal arbitral sous influence et/ou saborder l'arbitrage	24
2. Le Code éthique de l'Ordre des avocats du Chili qualifie de conflit d'intérêts objectif une situation comme celle créée dans la présente procédure entre l'Etat du Chili et des arbitres membres des Essex Court Chambers	27
3. La République du Chili, le Tribunal arbitral et le Centre ont pourtant appliqué aux parties Demanderesses les Principes de l'IBA sur le conflit d'intérêts	28
4. <i>Nemo iudex esse debet in causa sua</i>	31
5. Révéler ou se démettre en cas de confidentialité	32
IV. LA SURPRENANTE CONTRADICTION DE L'ARBITRE M. ALEXIS MOURRE.....	34
V. La proposition de récusation est formulée promptement.....	36
CONCLUSIONS.....	39
PIÈCES ANNEXÉES	41

Le 22 Novembre 2016

Madame Meg Kinnear
Secrétaire Générale du CIRDI
Banque Mondiale
1818 H Street, N.W.
WASHINGTON D.C. 20433

Réf.: Victor Pev Casado et Fondation Président Allende v. République du Chili (Affaire No. ARB-98-2. Nouvel examen- Rectification)

Madame la Secrétaire Générale,

1. Le 10 novembre 2016, deux jours après avoir appris la reconstitution du Tribunal arbitral de la procédure en rectification des erreurs matérielles contenues dans la Sentence du 13 septembre 2016, les parties Demanderesses ont adressé une demande motivée lui sollicitant que

«vu les faits et fondements figurant dans la Requête du 27 octobre 2016 (pp. 28 à 91), les Demanderesses sollicitent respectueusement du Tribunal arbitral que dans le cadre de la Règle d'arbitrage n° 49(3), préalablement à toute détermination sur la procédure à suivre pour examen de la demande de suspension provisoire de la suite processuelle de la présente procédure,

- 1. Qu'il fasse droit à la demande adressée par les parties requérantes à la République du Chili le 13 octobre 2016 de full disclosure au Tribunal arbitral, au Centre et à toutes les parties, des rapports pendant les trois années qui ont précédé le commencement, le 16 juin 2013, de la présente phase de la procédure, et ceux qui existent actuellement, entre la République du Chili et des membres des Essex Court Chambers;*
 - 2. Qu'il fasse droit à ce que Messieurs les arbitres membres du Tribunal et également des Essex Court Chambers mènent une enquête raisonnable sur les questions ayant l'apparence d'un conflit d'intérêts posées dans la lettre des Demanderesses du 13 octobre 2016, et en révèlent pleinement le résultat au Tribunal, au Centre et à toutes les parties ;*
 - 3. Que dans le cas où, pour des raisons de confidentialité ou autres, Messieurs les arbitres membres du Tribunal arbitral et également des Essex Court Chambers ne se considéreraient pas en mesure de procéder à cette enquête et/ou à la full disclosure de l'information sollicitée, qu'ils soumettent à Mme. la Secrétaire Générale du CIRDI leur démission volontaire (articles 8(2) du Règlement d'arbitrage et 14 de la Convention) comme arbitres du Tribunal qui devra décider la demande du 27 octobre 2016 de suspension provisoire de la suite processuelle de la requête en correction d'erreurs matérielles contenues dans la Sentence du 13 septembre 2016. »¹*
2. L'apparence de conflit d'intérêt entre l'Etat Défendeur et les deux arbitres également membres des Essex Court Chambers dont les Demanderesses ont eu connaissance le 20 septembre 2016 s'est caractérisée lorsque, le 16 novembre 2016, le Tribunal arbitral a rejeté par absence pure et simple de prise en considération, qui ne peut

¹ Pièce n° 2, demande des investisseurs adressée le 10 novembre 2016 au Tribunal arbitral

s'analyser que comme un rejet, la demande d'ordonner la *disclosure* qui lui avait été adressé le 10 novembre 2016².

3. Le lendemain, le jeudi 17 novembre, l'Etat du Chili répondait au Tribunal arbitral ignorant également la demande de *full disclosure* des rapports entre la République du Chili et des membres des Essex Court Chambers adressée à son intention le 13 octobre 2016 par les Demanderesses³: une nouvelle coïncidence objective, après celle du 17 septembre antérieur, entre les deux arbitres membres des Essex Court Chambers et la partie Défenderesse dans le refus de la *full disclosure* sollicitée.
4. Le vendredi 18 novembre 2016 les Demanderesses ont invoqué la Règle d'arbitrage n° 27⁴, et en communiquant au Tribunal leur objection à l'absence de traitement de la demande de *disclosure* formulée le 10 novembre ont respectueusement réitéré celle-ci⁵.
5. Le lundi 21 novembre 2016 le Tribunal arbitral a pris la Décision⁶ de ne pas faire droit à la demande adressée à la République du Chili de *full disclosure* au Tribunal arbitral, au Centre et à toutes les parties, des rapports existant entre la République du Chili et des membres des Essex Court Chambers, de même que de refuser la demande de faire droit à ce que Messieurs les arbitres membres du Tribunal et également des Essex Court Chambers mènent une enquête raisonnable sur les questions ayant l'apparence d'un conflit d'intérêts et en révèlent pleinement le résultat au Tribunal, au Centre et à toutes les parties.
6. Les articles 49(2) et 51 de la Convention confèrent au présent Tribunal arbitral la compétence de décider deux recours importants, à savoir les recours en rectification d'erreurs matérielles et de révision de la Sentence du 13 septembre 2016.
7. Conformément aux articles 58 de la Convention du CIRDI et 9 du Règlement d'arbitrage, les investisseurs espagnols soumettent sans délai la respectueuse proposition de récusation des arbitres MM. Sir Franklin Berman QC et V.V. Veeder QC pour les motifs et les antécédents qui suivent.

² Pièce n° 3

³ Pièce n° 4, communication des parties Demanderesses adressée à l'État Défendeur le 13 octobre 2016

⁴ Règle d'arbitrage n° 27 : « Une partie qui a ou devrait avoir connaissance du fait qu'une disposition du Règlement administratif et financier, du présent Règlement ou de tout autre règlement ou accord applicable à la procédure, ou d'une ordonnance du Tribunal, n'a pas été observée, et qui s'abstient de faire valoir promptement ses objections à ce sujet, est réputée avoir renoncé à son droit d'objection (...)»

⁵ Pièce n° 5, les Demanderesses sollicitent au Tribunal arbitral de traiter leur demande du 10-10-2016

⁶ Pièce n° 28

I. LE CONFLIT D'INTERETS APPARENT ENTRE LES DEUX ARBITRES MEMBRES DES ESSEX COURT CHAMBERS ET LA PARTIE DÉFENDERESSE, LA REPUBLIQUE DU CHILI

1. Le refus de Sir Franklin Berman et M. V.V. Veeder de révéler au Centre et aux investisseurs les rapports entre des membres de leur Chamber et l'Etat Défendeur

8. Le 18 septembre 2016 les autorités du Chili ont rendu public un fait susceptible de constituer un conflit d'intérêts apparent, à savoir l'existence

“[d']une recherche secrète et ‘avancée’ de conseils internationaux, qui travaillent déjà depuis des mois- jusqu’à maintenant dans la discrétion totale- (...) Aujourd’hui, pour la première fois [le Gouvernement] révèle les noms (...) Il s’agit d’Alan Boyle (...), de même que Samuel Wordsworth -avocat du Chili (...) il est membre du cabinet prestigieux Essex Court Chambers » (soulignement ajouté)⁷.

9. Cette information a été ultérieurement confirmée aux investisseurs par d'autres sources dignes de foi.

10. Le 20 septembre 2016, les investisseurs espagnols ont sollicité de Mme. la Secrétaire Générale du CIRDI⁸ que les arbitres Sir Frank Berman et M. V.V. Veeder révèlent pleinement (*full disclosure*) sans tarder

« 1. si dans les Essex Court Chambers il y aurait des membres, des assistants ou d'autres personnes qui recevraient des instructions, de financement ou qui seraient impliqués, de quelque manière que ce soit, directement ou indirectement, avec la République du Chili,

2. si la République du Chili a dévoilé au Tribunal la nature et l'envergure des éventuels rapports financiers ou d'autre nature qu'elle a pu avoir avec des membres des Essex Court Chambers -les parties Demanderesses sont en mesure d'affirmer catégoriquement qu'elles n'en ont eu absolument d'aucune sorte avant la nomination des arbitres dans le Tribunal de la présente procédure arbitrale, ni après-,

3. si l'un et l'autre des deux arbitres a mené, et à quelle date, une enquête raisonnable – en vertu de leur devoir de due diligence- afin d'identifier des conflits d'intérêts, des faits ou des circonstances raisonnablement susceptibles de soulever des doutes légitimes quant à leur impartialité dans la présente procédure arbitrale où la République du Chili a été condamnée pour manquement au traitement juste et équitable, en ce compris le déni de justice, par la Sentence arbitrale du 8 mai 2008 (Pierre Lalive, M. Chemloul, E. Gaillard), condamnation confirmée par la Décision

⁷ Pièce 6, déclaration du Ministre des Affaires Étrangères du Chili, publiée dans la presse chilienne le dimanche 18 septembre 2016: “*una sigilosa y ‘adelantada’ búsqueda de asesores internacionales, quienes ya llevan meses trabajando -hasta ahora, bajo absoluta reserva- (...) hoy por primera vez [el Gobierno] revela los nombres (...) Se trata de (...) Alan Boyle (...) [que] al igual que Samuel Wordsworth -abogado de Chile (...) es miembro de la prestigiosa oficina Essex Court Chambers*”, pièces ci-annexées nos.6 et 7

⁸ Pièce n° 8, lettre du 20 septembre 2016 des investisseurs espagnols à Mme. la Secrétaire Générale du CIRDI

du Comité ad hoc du 18 décembre 2012 (L.Y. Fortier QC, P. Bernardini, A. El-Kosheri),

4. le cas échéant, à quelle date l'un et l'autre des arbitres aurait eu connaissance, le cas échéant, d'éventuels rapports de la République du Chili avec des membres, des assistants ou d'autres personnes des Essex Court Chambers,

5. si des membres ou des associés des Essex Court Chambers représentent le Chili d'une manière régulière,

6. si dans les trois dernières années des membres des Essex Court Chambers ont agi pour la République du Chili, ou un organisme dépendant de celle-ci, dans des affaires sans rapport avec le présent arbitrage sans que les deux arbitres y aient pris part personnellement,

7. si une law firm-Chamber ou un expert qui partagerait des honoraires significatifs ou d'autres revenus avec des membres des Essex Court Chambers rend des services à la République du Chili, ou à un organisme appartenant à celle-ci,

8. si une law firm-Chamber associée ou formant alliance avec des membres des Essex Court Chambers mais qui ne partagerait pas des honoraires significatifs ou d'autres revenus de membres des Essex Court Chambers, prête des services à la République du Chili, ou à un organisme appartenant à celle-ci.

11. La réponse à Mme. la Secrétaire Générale des deux arbitres a été:

« Sir Franklin and M. Veeder ont chacun confirmé qu'aucune circonstance n'est survenue depuis justifiant d'être notifiée au Secrétaire général aux termes de l'article 6(2) du Règlement d'arbitrage du CIRDI ».⁹

9. En effet, MM. Sir Franklin Berman et M. V. V. Veeder, membres des Essex Court Chambers (Londres) et du Tribunal arbitral, n'ont révélé à aucun moment au Centre ni aux Demanderesses que des membres des Essex Court Chambers recevaient des instructions et du financement de l'Etat du Chili, ou d'organismes et institutions qui en dépendent malgré ce que dispose la Règle d'arbitrage 6(2).¹⁰

10. Le 10 octobre 2016 les Demanderesses ont sollicité de M. le Président du Conseil administratif du CIRDI de confirmer si, à son tour,

« la République du Chili aurait accompli son obligation de révéler au CIRDI avoir eu une relation quelconque, directe ou indirecte, avec les Chambers dont sont membres deux des trois arbitres du présent Tribunal, avant et pendant le développement de la

⁹ Pièce n° 9, lettre de Mme. la Secrétaire Générale du CIRDI, le 12 octobre 2016, aux investisseurs espagnols

¹⁰ Règle d'arbitrage n° 6(2), « (...) Je reconnais qu'en signant cette déclaration, je souscris l'obligation continue de notifier au Secrétaire général du Centre, dans les plus brefs délais, toute relation ou circonstance qui apparaîtrait ultérieurement au cours de l'instance ».

*nouvelle soumission du différend entre l'Etat du Chili et les Demanderesses, initiée le 16 juin 2013 ».*¹¹

11. Le 12 octobre 2016 Mme. la Secrétaire Générale a répondu aux investisseurs:

*« Le CIRDI confirme que, conformément aux articles 13.1 et 13.2 de l'Ordonnance de procédure no. 1, toute correspondance reçue de la Défenderesse dans cette affaire a été transmise aux Demanderesses ainsi qu'au Tribunal. (...) Nous avons pris note de la demande adressée par M. Pey Casado et la Fondation Presidente Allende à la République du Chili. Nous notons que cette dernière n'était pas en copie de votre courrier. Il appartient à M. Pey Casado et à la Fondation Presidente Allende, s'ils le souhaitent, de contacter directement la République du Chili afin de lui faire part de cette demande ».*¹²

12. Le lendemain 13 octobre 2016 les investisseurs ont demandé par l'intermédiaire du Secrétaire du Tribunal arbitral à la République du Chili et à Messieurs les arbitres membres des Essex Court Chambers de leur faire savoir, de même qu'au Centre, au plus tard le 17 octobre

1. *si l'Etat du Chili, ou un organisme dépendant de celui-ci, est un client actuel ou antérieur de membres des Essex Court Chambers, et à quelles dates,*
2. *si la République du Chili, ou un organisme dépendant de celle-ci, est un client régulier ou occasionnel de membres des Essex Court Chambers, et à quelles dates,*
3. *le nombre de millions de dollars que la République du, ou un organisme dépendant de celle-ci, aurait versé à des membres et des personnes en rapport avec les Essex Court Chambers jusqu'au 13 septembre 2016, et les dates des paiements correspondants –notamment à partir des dates où les deux arbitres ont été nommés dans le présent Tribunal arbitral,*
4. *les montants financiers engagés par la République du Chili, ou par un organisme dépendant de celle-ci, pour une période à venir avec des membres de ces Chambers, et les dates des accords correspondants,*
5. *si les services que la République du Chili, ou un organisme dépendant de celle-ci, reçoivent de membres appartenant aux Essex Court Chambers portent sur des conseils stratégiques ou des transactions spécifiques,*
6. *si les travaux de membres des Essex Court Chambers pour la République du Chili, ou un organisme dépendant de celle-ci, sont effectués dans les lieux où les deux arbitres dans la présente procédure sont installés ou ailleurs, et depuis quelles dates,*
7. *si les membres des Essex Court Chambers au service de la République du Chili ont mis en place un ethical screen ou un Chinese Wall comme bouclier desdits deux arbitres à l'égard des autres travaux, et à quelles dates,*

¹¹ Pièce n° 10, lettre des investisseurs espagnols, le 10 octobre 2016, à M. le Président du Conseil administratif du CIRDI par l'intermédiaire de Mme. la Secrétaire Générale du CIRDI

¹² Pièce n° 11, réponse de Mme. la Secrétaire Générale du CIRDI, le 12 octobre 2016, aux investisseurs espagnols

8. *quels sont les membres, les assistants ou autres personnes desdites Chambers qui reçoivent des instructions, des financements ou qui seraient impliqués, de quelque manière que ce soit, directement ou indirectement, avec la République du Chili ou un organisme dépendant de celle-ci,*
9. *si dans les trois dernières années des membres des Essex Court Chambers ont agi pour la République du Chili, ou un organisme dépendant de celle-ci, dans des affaires sans rapport avec le présent arbitrage sans que les deux arbitres y aient pris part personnellement,*
10. *si une law firm-Chamber ou un expert qui partagerait des honoraires significatifs ou d'autres revenus avec des membres des Essex Court Chambers rend des services à la République du Chili, ou à un organisme appartenant à celle-ci, et depuis quelles dates,*
11. *si une law firm-Chamber associée ou formant alliance avec des membres des Essex Court Chambers, mais qui ne partagerait pas des honoraires significatifs ou d'autres revenus de membres des Essex Court Chambers, prête des services à la République du Chili, ou à un organisme appartenant à celle-ci et à quelles dates¹³*

13. Le 17 octobre les deux arbitres ont répondu au conseil des Demanderesses, en synthèse,

Sir Franklin Berman:

You are, I am sure, aware that an English barristers ' chambers is not a law firm, and that all barristers in chambers operate in strict independence of one another, with the sole exception of the circumstance in which more than one of them is retained by the same client to act in the same matter. I would not therefore in any case be able to answer your questions, as the governing rules impose on each barrister the strictest confidence over the affairs of his clients, so that it would be prohibited for me to make enquiries of fellow members of chambers about the work undertaken by them.¹⁴

M. V. V. Veeder:

« (...) vous demandez des informations confidentielles concernant d'autres barristers exerçant leurs professions d'avocats au sein de Essex Court Chambers. Etant donné que tous les barristers de Essex Court Chambers (comme d'autres chambers en Angleterre et au Pays de Galles) exercent à titre individuel et ne constituent donc pas une 'law firm', un 'partnership' ou une 'company', je regrette de ne pas être en mesure de vous répondre. D'après le Code of Conduct du Bar Standards Board, chaque barrister est indépendant et 'must keep the affairs of each client confidential' (Core Duty 6). En bref, ces informations confidentielles, quelles qu'elles soient, ne peuvent être ni ne sont connues de moi. »¹⁵

¹³ Pièces nos. 12 et 13, lettres des investisseurs espagnols, par l'intermédiaire du Secrétaire du Tribunal arbitral, à l'attention de la République du Chili et de Messieurs les arbitres, respectivement

¹⁴ Pièce n° 14, lettre de Sir Franklin Berman QC au conseil des investisseurs espagnols le 17 octobre 2016, répondue le lendemain, pièce n° 15

¹⁵ Pièce n° 16, lettre de M. V. V. Veeder QC au conseil des investisseurs espagnols le 17 octobre 2016

[Le fondement de ces deux réponses est contraire au sens et la portée de la plus récente pratique en matière de conflits d'intérêts dans le système CIRDI et l'arbitrage international en général, comme il sera développé ci-après]

14. Le 18 octobre 2016 par l'intermédiaire de Mme. la Secrétaire Générale du Centre les investisseurs ont réitéré leurs questions à la République du Chili¹⁶, qui n'a pas répondu. Un conseil de la République du Chili a toutefois rendu publique le 25 octobre 2016 que celle-ci ne serait pas disposée à révéler volontairement ses rapports avec les Essex Court Chambers « *unless it is requested to do so by ICSID* »¹⁷.
15. Il est ainsi manifeste que les rapports existant entre des membres des Essex Court Chambers et la République du Chili sont objectivement maintenus par celle-ci comme par les deux arbitres dans l'opacité la plus totale à l'égard du Centre et des investisseurs espagnols, et que les réponses sont objectivement coordonnées (les deux arbitres disent le 17 octobre qu'ils ne vont pas révéler ces rapports et huit jours après la République du Chili s'appuie sur les arbitres pour déclarer dans la *Global Arbitration Review*¹⁸ ne pas les révéler à son tour).

2. L'obligation de *disclosure* en droit anglais ne justifie pas la fin de non-recevoir de MM. Berman et Veeder opposée à la demande des Demanderesses

16. Or, contrairement à ce que, comme on vient de voir, MM. Berman et Veeder ont soutenu devant Mme. la Secrétaire Générale du CIRDI le 17 octobre 2016, il n'est pas exact que le droit anglais, tel qu'appliqué aujourd'hui, leur interdirait de révéler complètement (*full disclosure*) les rapports avec la partie Défenderesse comme sollicité par les investisseurs.
17. En effet, la récente Sentence de la High Court of England and Wales du 2 mars 2016¹⁹ concerne une situation dont les circonstances sont, en substance, similaires au cas d'espèce, à savoir si l'arbitre Mr David Haigh QC se trouvait dans un

*apparent bias based on alleged conflict of interest that fell squarely within paragraph 1.4 of the Non-Waivable Red List within the 2014 IBA Guidelines*²⁰ (...) *The arbitrator's firm (but not the arbitrator) does regularly advise an affiliate of the Defendant (but not the Defendant) and the arbitrator's firm (but not the arbitrator) derives substantial financial income from advising the affiliate.*

¹⁶ Pièces nos 17 et 18, lettre des investisseurs espagnols du 18 octobre à Mme. la Secrétaire Générale du CIRDI et réponse de celle-ci du 20 octobre 2016, respectivement

¹⁷ Déclaration d'un conseil de l'Etat du Chili publiée le 25 octobre 2016 dans *Global Arbitration Review*, pièce n° 19, page 4, accessible dans <http://bit.ly/2dLayCK>

¹⁸ Ibid.

¹⁹ Pièce n° 20, Sentence de la High Court of England and Wales du 2 mars 2016

²⁰ Para 1.4: "The arbitrator or his or her firm regularly advises the party, or an affiliate of the party, and the arbitrator or his or her firm derives significant financial income therefrom."

18. Or l'arbitre Mr David Haigh QC a informé la High Court of England and Wales qu'il exerçait sa profession d'avocat dans un isolement apparemment plus grand que celui des *barristers* des Essex Court Chambers :

a sole practitioner carrying on my international practice with support systems in the way of secretarial and administrative assistance provided by [the Law Firm]. I am treated for the purposes of compensation as a separate department within the firm and, other than [one other] I am the only member of the ... Alternative Dispute Resolution department.

19. Cependant - à la différence de Sir Franklin Berman et M. V.V. Veeder - Mr David Haigh QC a déclaré que

On accepting the appointment as arbitrator, Mr Haigh QC made some, in the event immaterial, disclosures to the parties revealed by his firm's conflict check systems. He made a later, in the event immaterial, disclosure in September. Those conflict check systems did not however alert him to the fact that the firm had Q as a client (...) he would have wished to make a disclosure had he known"

20. Au vu de cette déclaration de l'arbitre, la Cour anglaise a appliqué le « *test at common law for apparent bias* »:

"the test at common law for apparent bias is whether 'a fair minded and informed observer, having considered the facts, would conclude that there was a real possibility that the tribunal was biased' (...) no attention will be paid to any statement by the [arbitrator] as to the impact of any knowledge on his or her mind",

la Cour a tenu compte du fait que

"the arbitrator, although a partner, operates effectively as a sole practitioner using the firm for secretarial and administrative assistance for his work as an arbitrator. The arbitrator makes other disclosures where, after checking, he has knowledge of his firm's involvement with the parties, and would have made a disclosure here if he had been alerted to the situation,

(...)

where, as here, the arbitrator made checks, and made disclosures where the checks drew matters to his attention, and the problem was that the facts in relation to Q were not drawn to his attention, the fair minded and informed observer would say that this was an arbitrator who did not know rather than that this was an arbitrator whose credibility is to be doubted, who 'must have known', and who was choosing not to make a disclosure in this one important instance.

24. The fact that the arbitrator would have made a disclosure if he had been alerted to the situation shows a commitment to transparency that would be relevant in the mind of the fair minded and informed observer,

avant de statuer que

On considering the facts the fair minded and informed observer would not, in my view, conclude that there was a real possibility that the tribunal was biased, or lacked independence or impartiality".

(Soulignement ajouté).

21. En l'espèce, dans leur communication du 17 octobre 2016 Sir Franklin Berman et M. V.V. Veder n'ont pas fait de *disclosure to the parties*, ni indiqué avoir fait un *checking* quelconque, bien au contraire. Et lorsque le 10 novembre 2016 -dans le cadre de la procédure qui venait de s'ouvrir trois jours avant- les investisseurs leur ont demandé de traiter, en leur qualité d'arbitres siégeant au Tribunal arbitral, comme question préalable mener une enquête raisonnable des rapports entre l'État Défendeur et des membres des Essex Court Chambers, et d'en révéler le résultat, les deux arbitres ont refusé tacitement en communiquant aux parties, le 16 novembre suivant, que le Tribunal engageait la procédure en rectification sur le fond²¹, faisant fi des demandes de *full disclosure* préalable.
22. Pour sa part, le *Bar Council of England and Wales* avait émis le 6 juillet 2015 une *Information Note Regarding Barristers in International Arbitration*²² renvoyant, précisément, à l'application des Principes approuvés par l'IBA²³ invoqués par les investisseurs espagnols, infirment la *splendid isolation* des *barristers* à l'égard des principes relatifs à la *disclosure* appliqués dans le système CIRDI que MM. Berman et Veeder opposent à la révélation des rapports entre des membres de leur *Chambers* et l'Etat du Chili (voir §13 *supra*):

4(1). The position of the barrister acting as arbitrator will be no different from the position of any other individual acting as an arbitrator, and is likely to be governed by the rules (legal and contractual) which govern the type of arbitration in question. Part II of this document addresses the position of barristers who act as arbitrators. 1. In preparing this document, we have consulted many arbitral institutions worldwide and have taken their comments into account (...)

30. (a) An arbitrator shall decline to accept an appointment or, if the arbitration has already been commenced, refuse to continue to act as an arbitrator, if he or she has any doubt as to his or her ability to be impartial or independent.

*(b) The same principle applies if facts or circumstances exist, or have arisen since the appointment, which, **from the point of view of a reasonable third person having knowledge of the relevant facts and circumstances**, would give rise to justifiable doubts as to the arbitrator's impartiality or independence, unless the parties have accepted the arbitrator in accordance with the requirements set out in General Standard (4).*

*(c) **Doubt is justifiable if a reasonable and informed third person, having knowledge of the relevant facts and circumstances, would reach the conclusion that there is a likelihood that the arbitrator may be influenced by factors other than the merits of the case as presented by the parties in reaching his or her decision.***

²¹ Pièce n° 3

²² Pièce n° 22, *Bar Council of England and Wales: Information Note Regarding Barristers in International Arbitration*, 6 juillet 2015, accessible dans <http://bit.ly/1JUpt13>, paras. 4(1), 29-34

²³ *IBA Guidelines on Conflicts of Interest in International Arbitration*, 23 Octobre 2014, accessibles dans <http://bit.ly/1UgAOml>

(d) Justifiable doubts necessarily exist as to the arbitrator's impartiality or independence in any of the situations described in the Non-Waivable Red List.
(Soulignement ajouté).

23. Avant cela, en 2014 lesdites Lignes directrices de l'IBA sur les conflits d'intérêts dans l'arbitrage international avaient indiqué dans le commentaire au Principe Général 6 cité dans le §49 *infra* que :

Although barristers' chambers should not be equated with law firms for the purposes of conflicts, and no general standard is proffered for barristers' chambers, disclosure may be warranted in view of the relationships among barristers, parties or counsel
(soulignement ajouté).

24. Or, dans les circonstances du cas présent, comme on le voit dans les §§8, 10-23 *supra* et §68 *infra*, la situation des deux arbitres membres des Essex Court Chambers réunit des conditions qui la placent dans le cadre de la *Non-Waivable Red List* :

1.4 The arbitrator or his or her firm regularly advises the party, or an affiliate of the party, and the arbitrator or his or her firm derives significant financial income therefrom.

25. Cependant, ni la République du Chili ni lesdits deux arbitres n'ont répondu aux demandes des 13 septembre et 10 novembre 2016 de dévoiler les montants versés par l'État du Chili, ou d'organismes et institutions qui en dépendent, ni les engagements souscrits avec des membres des Essex Court Chambers.

26. En tous cas, il y aura lieu de tenir compte, en évaluant le comportement dans la présente procédure desdits deux arbitres, de ce que, comme affirme le prof. William W. Park, Président de la London Court of International Arbitration :

Shared profits are not the only type of professional relationships that can create potential conflicts. Senior barristers often have significant influence on the progress of junior colleagues' careers. Moreover, London chambers increasingly brand themselves as specialists in particular fields, with senior 'clerks' taking on marketing roles for the chambers, sometimes travelling to stimulate collective business.

Moreover, a barrister's success means an enhanced reputation, which in turn reflects on the chambers as a whole. (note 203: Sceptics also note that salaried legal associates in the United States and other countries assume the conflicts of their firm affiliation even without sharing in profits.)

In response to doubts about the ethics of their practice, some barristers suggest that outsiders just do not understand the system, characterising the critiques as naïve. Like a Paris waiter impugning a tourist's ability to speak French in order to distract him from insisting on the correct change, the critique aims to camouflage what is at

stake. Often, however, outsiders do understand the mechanics of chambers. They simply evaluate the dangers differently.²⁴

II. LA CONVENTION DU CIRDI

1. L'obligation de disclosure dans le système CIRDI contredit MM. Berman et Veeder

27. Quand même le droit anglais protégerait l'opacité alléguée par Sir Franklin Berman et M. V.V. Veeder à l'égard des rapports entre l'Etat Défendeur et des membres des Essex Court Chambers, *quod non*, une telle absence de transparence ne saurait être acceptable dans le système d'arbitrage du CIRDI dans les circonstances concrètes du présent arbitrage, et encore moins de servir d'excuse à l'inaccomplissement de l'obligation corrélative.
28. Conformément à la Convention du CIRDI il est considéré comme impératif que les arbitres s'engagent «à juger les parties de façon équitable », doivent offrir toute garantie d'indépendance dans l'exercice de leurs fonctions et ont « l'obligation continue de notifier au Secrétaire général du Centre, dans les plus brefs délais, toute relation ou circonstance qui apparaîtrait ultérieurement au cours de l'instance » (articles 14 de la Convention et 6 du Règlement d'arbitrage).
29. Il est, en effet, généralement accepté que dans le système CIRDI les arbitres doivent être impartiaux.²⁵
30. L'obligation de révéler complètement les circonstances d'un possible conflit d'intérêts est permanente dans le système CIRDI,

*“The prohibition against a conflict of interest and the disclosure obligation continue after the appointment. If the facts that could cast doubt on the arbitrator’s independence and impartiality arise during the course of the proceeding, the arbitrator is expected to reveal them promptly [Shihata, I. F.I.: The experience of ICSID in the Selection of Arbitrators, News from ICSID, Vol. 6/1, pp 5, 6 (1989)]. In *Holiday Inns v. Morocc*, the arbitrator appointed by the Claimants disclosed that four*

²⁴ William W. Park, Rectitude in International Arbitration, in William W. Park (ed.), *Arbitration International Special Edition on Arbitrator Challenges*, (© LCIA; Kluwer Law International 2011, page 516

²⁵ *Burlington Resources, Inc. v. Republic of Ecuador*, ICSID Case No. ARB/08/5, Decision on the Proposal for Disqualification of Professor Francisco Orrego Vicuña, 13 December 2013, §65; *Repsol S.A. and Repsol Butano S.A. v. Republic of Argentina*, ICSID Case No. ARB/01/8, Decision on the Proposal for Disqualification of Francisco Orrego Vicuña and Claus von Wobeser (Spanish), 13 December 2013, §70; *Blue Bank International & Trust (Barbados) Ltd. v. Bolivarian Republic of Venezuela*, ICSID Case No. ARB/12/20, Decision on the Parties’ Proposal to Disqualify a Majority of the Tribunal, 12 November 2013, §58, accessible dans <http://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/italaw3009.pdf> ; *Abaclat and Others v. Argentine Republic* , ICSID Case No. ARB/07/5, Decision on the Proposal to Disqualify a Majority of the Tribunal, 4 February 2014, §74, accessible dans <http://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/italaw3057.pdf>

years after the registration of the request he had become a director of one of the Claimants. He had to resign in accordance with art. 56(3) (see Art. 56, para 38)»²⁶

31. Ceci est d'autant plus impératif depuis l'introduction en 2006 dans le Règlement d'arbitrage de la disposition régissant la première session du Tribunal suivant laquelle chaque arbitre doit signer une déclaration indiquant :

« *Je reconnais qu'en signant cette déclaration, je souscris l'obligation continue de notifier au Secrétaire général du Centre, dans les plus brefs délais, toute relation ou circonstance qui apparaîtrait ultérieurement au cours de l'instance* » (Règle d'arbitrage 6(2), soulignement ajouté).

32. Selon le Président du Conseil administratif du CIRDI²⁷,

« 59...Articles 57 and 14(1) of the ICSID Convention do not require proof of actual dependence or bias; rather it is sufficient to establish the appearance of dependence or bias.²⁸

60. *The applicable legal standard is an 'objective standard based on a reasonable evaluation of the evidence by a third party'*²⁹. As a consequence, the subjective belief of the party requesting the disqualification is not enough to satisfy the requirements of the Convention.

61. Finally, regarding the meaning of the word 'manifest' in Article 57 of the Convention, a number of decisions have concluded that it means 'evident' or 'obvious.'

62. *The Chairman notes that the Parties have referred to other sets of rules or guidelines in their arguments such as the IBA Guidelines. While these rules or guidelines may serve as useful references, the Chairman is bound by the standard set forth in the ICSID Convention.*³⁰

(Soulignements ajoutés).

33. Dans son étude sur les arbitres internationaux, les travaux préparatoires de la Convention du CIRDI et les articles de celle-ci où il est question du terme « *manifeste* », Karel Daele a conclu que ce terme équivaut à *easily recognizable*, *clear*, *obvious* et/ou *self evident*, et qu'une définition stricte de ce terme ne concordait

²⁶ SCHREUER (Ch.): *The ICSID Convention. A Commentary* (2001), pages 516-517, Art. 41, §23

²⁷ *Blue Bank International & Trust (Barbados) Ltd. v. Bolivarian Republic of Venezuela*, ICSID Case No. ARB/12/20, Decision on the Parties' Proposal to Disqualify a Majority of the Tribunal, cité, §§59-62

²⁸ Dans le même sens, *Suez, Sociedad General de Aguas de Barcelona SA and Interagua Servicios Integrales del Agua SA v Argentine Republic*, ICSID Case No ARB/03/17, Decision on the Proposal for the Disqualification of a Member of the Arbitral Tribunal, 22 October 2007, §30 (Suez I), accessible dans http://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/ita0811_0.pdf ; et les Décisions dans les affaires CIRDI *Burlington Resources, Inc. v. Republic of Ecuador* du 13 décembre 2013, accessible dans <http://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/italaw3028.pdf> ; *Repsol S.A. and Repsol Butano S.A. v. Republic of Argentina* du 13 décembre 2013, accessible dans <http://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/italaw3033.pdf> ; *Abaclat and Others v. Argentine Republic*, Décision du 4 février 2014, citée

²⁹ Dans le même sens, *Compañía de Aguas del Aconquija SA and Vivendi Universal v Argentine Republic*, ICSID Case No ARB/97/3, Decision on the Challenge to the President of the Committee, 3 October 2001, §20: "In such a case, the arbitrator might be heard to say that, while he might be biased, he was not manifestly biased and that he would therefore continue to sit. As will appear, in light of the object and purpose of Article 57, we do not think this would be a correct interpretation."

³⁰ Voir dans le même sens *Urbaser SA and Consorcio de Aguas Bilbao Bizkaia, Bilbao Biskaia Ur Partzuergoa v Argentine Republic*, ICSID Case No ARB/07/26, Decision on Claimants' Proposal to Disqualify Professor Campbell McLachlan, 12 August 2010, §43, accessible dans <http://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/ita0887.pdf>

clairement pas avec le fait que ‘*nowhere in the legislative history of the Convention, is there any indication that anything less than the full and complete possession of the [independence and impartiality] would be sufficient*’.³¹

34. Dans l’affaire *Caratube*, les arbitres MM. Levy et Aynès affirmaient que l’on ne pouvait espérer que l’arbitre M. Boesch puisse « *maintain a ‘Chinese wall’ in his own mind*” et que “*a third party would find that there is an evident or obvious appearance of lack of impartiality or independence based on a reasonable evaluation of the facts in the present case*”.³²

[Or a ‘*Chinese wall’ in his own mind* semble être ce que chacun des deux arbitres, MM. Sir Franklin Berman et V.V. Veeder, opposent à la demande de *disclosure* que les Demanderesses leur ont adressée].

35. Dans l’affaire CIRDI *Lemire v. Ukraine* l’arbitre nommé par l’investisseur, M. Jan Paulson, révéla spontanément que sa *law firm* venait de recevoir des instructions de la part de l’Etat défendeur dans un arbitrage différent auprès de la Cour Internationale de Justice. Et bien que M. Paulson n’était pas personnellement concerné dans l’autre arbitrage et qu’il était d’avis que le mandat à *sa law firm* n’affectait pas à son impartialité, il offrit sa démission volontaire aux parties et leur demanda de s’exprimer à cet égard³³.

[A la différence de M. Jan Paulson, les deux arbitres membres des Essex Court Chambers n’ont pas révélé aux investisseurs espagnols, ni au Centre, que des membres de leurs *Chambers* avaient des rapports avec la République du Chili dans une affaire auprès de la Cour Internationale de Justice, pas plus qu’ils n’ont offert de démissionner du Tribunal arbitral]

36. Or dans le système du CIRDI the “*requirement of impartiality and independence (...) [also] applies in investor-State disputes, where the need for independence is at least as great.*”³⁴

³¹ Daele (K.), *Challenge and Disqualification of Arbitrators in International Arbitration* (Kluwer 2012), §§ 5-027, 5-028

³² *Caratube International Oil Company LLP and Devinci Salah Hourani v Republic of Kazakhstan*, ICSID Case No ARB/13/13, Decision on the Proposal for Disqualification of Mr Bruno Boesch, 20 March 2014, §24, 75, 91

³³ Challenge, Decision of 23 December 2008, §§20-22

³⁴ *OPIC Karimum Corp. v. Venezuela*, ICSID Case No. ARB/10/14, Decision on the Proposal to Disqualify Professor Philippe Sands, Arbitrator, ¶ 49 (May 5, 2011), accessible dans <http://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/ita0588.pdf>

2. La doctrine des Tribunaux du CIRDI dans deux cas de conflit d'intérêts apparent entre des membres des Essex Court Chambers et des arbitres également membres de ces Chambers

37. Il est connu qu'en l'absence du consentement des parties, certaines des spécificités propres au système des *barristers* anglais pratiquant l'arbitrage ne s'appliquent pas dans le système CIRDI.
38. C'est un Tribunal arbitral du CIRDI présidé précisément par un membre des Essex Court Chambers, M. D.A.R. Williams QC, qui en mai 2008 a pris en considération le §4.5 de la *Background Information on the IBA Guidelines on Conflicts of Interest in International Arbitration* relative aux *barristers* qui pratiquent l'arbitrage, selon laquelle :

*"While the peculiar nature of the constitution of barristers' chambers is well recognised and generally accepted in England by the legal profession and by the courts, it is acknowledged by the Working Group that, to many who are not familiar with the workings of the English Bar, particularly in light of the content of the promotional material which many chambers now disseminate, there is an understandable perception that barristers' chambers should be treated in the same way as law firms"*³⁵

et a formulé la doctrine de portée générale concernant les *barristers*/arbitres membres des Chambers anglaises que les investisseurs espagnols invoquent dans la présente procédure:

*For an international system like that of ICSID, it seems unacceptable for the solution to reside in the individual national bodies which regulate the work of professional service providers, because that might lead to inconsistent or indeed arbitrary outcomes depending on the attitudes of such bodies, or the content (or lack of relevant content) of their rules. It would moreover be disruptive to interrupt international cases to ascertain the position taken by such bodies. (...).*³⁶

[La réponse du 17 octobre 2016 de Sir Franklin Berman et M. V V. Veeder va dans un sens contraire à cette Sentence ils ont opposé les règles internes de leur Chamber à celles appliquées dans le système international du CIRDI invoquées par les Demanderesses le 13 octobre 2016]

39. Peu après, en août 2008, dans un autre arbitrage CIRDI, c'était M. V. V. Veeder lui-même qui en sa qualité de président du Tribunal arbitral a démissionné après être

³⁵ Publié dans (2004) 5 *Business Law International*, 433

³⁶ *Hrvatska c. Slovenia*, ICSID Case N° ARB/05/24, Tribunal's Ruling, 6 Mai 2008, p. 23, accessible dans <http://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/italaw6289.pdf>

apparu qu'un autre membre des Essex Court Chambers avait des rapports avec l'une des parties³⁷ :

On May 20, 2005, the Parties informed the Centre that they had jointly appointed Mr. V.V. Veeder, a British national, as the third and presiding arbitrator (...) on May 7, 2007, the hearing on jurisdiction took place in London (...) the following persons appeared as legal counsel and representatives for the Claimant: (...) Prof. Greenwood of Essex Chambers. (...) The following persons appeared on behalf of the Respondent as its legal counsel and representatives: Messrs. (...) Kelby Ballena (...) Mr. Paolo Di Rosa and Ms. Gaela Gehring Flores of Arnold & Porter LLP (...). During the session, after hearing the Parties' positions regarding the participation of Prof. Greenwood in the case, the President of the Tribunal submitted his resignation. His resignation was accepted by his two co-arbitrators, Judge Brower and Mr. Paulsson (...). [Soulignement ajouté].

40. Or, dans la présente procédure, les représentants de la République du Chili – précisément MM. Kelby Ballena, Mr. Paolo Di Rosa, Ms. Gaela Gehring Flores, Arnold & Porter LLP- ont plaidé pendant plus de deux ans devant M. V.V.Veeder en personne et Sir Franklin Berman et tous –l'Etat du Chili, ses conseils, les deux arbitres- ont maintenu sous silence les rapports existant entre la République du Chili et des membres des Essex Court Chambers, et ils souhaitent le maintenir également occultes dans la procédure initiée le 7 novembre 2016.

41. *Omnes sapiebant, omnes tacebant ...*

42. Ces faits, discriminatoires et biaisés à l'égard des parties Demanderesses, soulèvent des questions raisonnables quant à l'impartialité et la neutralité des deux arbitres exigées par les arts. 14(1) et 52(1)(d) de la Convention et l'art. 6(2) du Règlement d'arbitrage.

3. Les Principes de l'International Bar Association (IBA) sur les conflits d'intérêts dans l'arbitrage international sont pris en compte dans le système CIRDI

43. La Cour Permanente d'Arbitrage a considéré que ces principes “*reflect international best practices and offer examples of situations that may give rise to objectively justifiable doubts as to an arbitrator's impartiality and independence.*”³⁸

44. Ces Principes ne sont pas obligatoires, certes, mais ils *may serve as useful references*, affirme le CIRDI³⁹, et sont régulièrement appliqués par le Centre et les Tribunaux du CIRDI, à des nombreuses occasions⁴⁰.

³⁷ ICSID Case No. ARB(AF)/04/6, *Decision on Jurisdiction*, 22 August 2008, pages 7-9, accessible dans <http://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/ita0888.pdf>

³⁸ *ICS Inspection & Control Services Ltd. v. Republic of Argentina*, Decision on Challenge to Arbitrator, PCA Case No. 2010-9, 1, 4 (Dec. 18, 2009), accessibles dans <http://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/ita0415.pdf>

³⁹ Voir le site internet du CIRDI dans <http://bit.ly/2e5wVVF>

⁴⁰ Voir *Compañía de Aguas del Aconquija SA and Vivendi Universal SA v Argentine Republic*, ICSID Case No ARB/97/3, Decision on the Challenge to the President of the Committee (3 October 2001) (Vivendi I); *SGS*

45. Dans *Blue Bank* et *Burlington*, le Président du Conseil administratif du CIRDI a considéré ces Principes comme étant des “*useful references*”⁴¹. Dans l’affaire *Alpha Projekt* les deux co-arbitres les ont qualifiés d’“*instructive*”⁴² et dans l’affaire *Urbaser*, “*a most valuable source of inspiration*”⁴³.
46. En résumé, selon la Cour Permanente d’Arbitrage les Principes de l’IBA sont d’application dans le système CIRDI

i. quel que soit le stade de la procédure⁴⁴ :

« *The first General Standard, entitled “General Principle,” provides as follows:*

Every arbitrator shall be impartial and independent of the parties at the time of accepting an appointment to serve and shall remain so during the entire arbitration proceeding until the final award has been rendered or the proceeding has otherwise finally terminated.

The second General Standard, entitled “Conflict of Interest” provides as follows:

- (a) *An arbitrator shall decline to accept an appointment or, if the arbitration has already been commenced, refuse to continue to act as an arbitrator if he or she has any doubts as to his or her ability to be impartial or independent*
- (b) *The same principle applies if facts or circumstances exist, or have arisen since the appointment, that, from a reasonable third person’s point of view having knowledge of the relevant facts, give rise to justifiable doubts as to the arbitrator’s impartiality or independence, unless the parties have accepted the arbitrator in accordance with the requirements set out in General Standard (4).*
- (c) *Doubts are justifiable if a reasonable person and informed third party would reach the conclusion that there was a likelihood that the arbitrator may be influenced by factors other than the merits of the case as presented by the parties in reaching his or her decision. [. . .]*

Société Générale de Surveillance SA v Islamic Republic of Pakistan, ICSID Case No ARB/01/13, Decision on Claimant’s Proposal to Disqualify Arbitrator (19 December 2002); *Azurix Corp v Argentine Republic*, ICSID Case No ARB/01/12, Decision on Respondent’s Proposal to Disqualify the President (25 February 2005); *EDF International SA, SAUR International SA and Leon Participaciones Argentinas SA v Argentine Republic*, ICSID Case No ARB/03/23, Decision on Respondent’s Proposal to Disqualify an Arbitrator (25 June 2008)

⁴¹ *Blue Bank International & Trust (Barbados) Ltd. v. Bolivarian Republic of Venezuela*, cité, §62; *Burlington Resources, Inc. v. Republic of Ecuador*, cité, §69.

⁴² *Alpha Projektholding GmbH v. Ukraine*, ICSID Case No. ARB/07/16, Decision on Respondent’s Proposal to Disqualify Arbitrator Dr. Yoram Turbowicz, 19 March 2010, §56.

⁴³ *Urbaser S.A. and Consorcio de Aguas Bilbao Bizkaia, Bilbao Biskaia Ur Partzuergoa v. The Argentine Republic*, ICSID Case No. ARB/07/26, Decision on Claimants’ Proposal to Disqualify Professor Cambell McLachlan, 12 August 2010, §37

⁴⁴ Commentaire à la Règle générale 3(e) des principes de l’IBA: “(e) **Disclosure** or disqualification (as set out in General Standards 2 and 3) **should not depend on the particular stage of the arbitration.** In order to determine whether the arbitrator should disclose, decline the appointment or refuse to continue to act, the facts and circumstances alone are relevant, not the current stage of the proceedings, or the consequences of the withdrawal. (...) no distinction is made by these Guidelines depending on the stage of the arbitral proceedings. While there are practical concerns, if an arbitrator must withdraw after the arbitration has commenced, a distinction based on the stage of the arbitration would be inconsistent with the General Standards.” (Soulignement ajouté)

*As Judge Brower points out, the stage of proceedings (which are neither at a very early, or a very late stage) is “wholly irrelevant” to this challenge. Applying the IBA Guidelines, I have not taken the stage of proceedings into account in determining this challenge.*⁴⁵

[Dans le cas présent, un fait constitutif du conflit d'intérêts a été porté à la connaissance des investisseurs espagnols le 20 septembre 2016]

ii. quelle que soit l'expérience et la réputation des arbitres :

«Claimant argues that Judge Brower’s “experience and standing are relevant when evaluating his independence and impartiality.” The justifiable doubts test is objective and applies universally to all arbitrators, irrespective of whether they are chairs, sole arbitrators or party-appointed arbitrators (see General Standard 5). There is nothing in the IBA Guidelines that supports a special deference to the subjective positions of arbitrators based on their level of experience or standing in the international community. Judge Brower no doubt has extensive experience in international arbitration and is highly regarded in the field, but this fact is irrelevant in applying the IBA.

*Indeed, given Judge Brower’s experience and reputation, it can be assumed that he must have been aware of the risks his interview could entail as far as raising justifiable doubts regarding his impartiality or independence.*⁴⁶

[Sir Franklin Berman QC et M. V. V. Veeder QC ont une grande expérience et réputation]

iii. sur la base de l'apparence de partialité ou dépendance et non de partialité ou dépendance effectives:

*in all of the jurisdictions considered by the Working Group in formulating the Guidelines, there was agreement “that a challenge to the impartiality and independence of an arbitrator depends on the appearance of bias and not actual bias.” The Background Information proceeds to explain that: Based on the virtual consensus of the national reports and the discussions of national law, the Working Group decided that the proper standard for a challenge is an “objective” appearance of bias, so that an arbitrator shall decline appointment or refuse to continue to act as an arbitrator if facts or circumstances exist that form a reasonable third person’s point of view having knowledge of the relevant facts give rise to justifiable doubts as to the arbitrator’s impartiality or independence. If an arbitrator chooses to accept or continue with an appointment once such bias has been brought to light, disqualification is appropriate and a challenge to the appointment should succeed. Accordingly, a finding that Judge Brower is actually biased against Ecuador or has actually prejudged the merits of the dispute is not necessary in order for the challenge to be sustained under the IBA Guidelines.*⁴⁷

⁴⁵ Cour Permanente d'arbitrage, *Perenco v. Ecuador*, ICSID CASE No. ARB/08/6, *Décision du 8 décembre 2009 concernant le Juge Charles Brower*, PCA Case No. IR-2009/1, §§39, 40, 65, 66, souligné dans l'original, accessible dans <http://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/ita0625.pdf>

⁴⁶ *Perenco v. Ecuador*, *ibid.* §§62, 63

⁴⁷ *Perenco v. Ecuador*, *ibid.* §§43,44

[Dans le cas présent, l'apparence de conflit d'intérêts est d'autant plus significative compte tenu de l'absence de *disclosure* par Sir Franklin Berman QC et à M. V. V. Veeder QC lors de son acceptation comme arbitres en janvier 2014, ou avant la clôture de la procédure le 17 mars 2016, ou après la demande qui, en leur qualité de membres du présent Tribunal arbitral, leur a été adressée les 10 novembre 2016 et 13 octobre 2016 par les parties Demanderesses]

47. Le Comité *ad hoc* dans l'affaire CIRDI *Vivendi c. Argentine* (II) a tenu compte des Principes de l'IBA en étudiant l'appartenance d'un arbitre à une institution ayant un rapport indirect avec l'une des parties, et a affirmé que

*having properly and adequately investigated and established any relationship between [l'institution] and any of the parties to the arbitrations, it is for the arbitrator personally first to consider such a connection in terms of a **voluntary resignation as arbitrator**. Such connection must otherwise be properly disclosed to the parties through an adequate amendment of earlier declarations under Rule 6.*

The Respondent has raised the important point that, if this is the decisive element, failure to adequately investigate, disclose and inform is encouraged in this manner, and that as a consequence a nonsense is being made of all duties in this respect, thus undermining the credibility of the entire ICSID process, which the Committee has already stated to underly all of Article 52. The Respondent cites the revision of the Pinochet case in the House of Lords as powerful support.⁴⁸

[Dans le présent cas, le rapport actuel entre la République du Chili et des membres des Essex Court Chambers est directe. Quelque temps avant, l'apparence d'un conflit d'intérêts entre un juge du Tribunal de la House of Lords et l'une des parties -dans l'affaire de l'extradition de Pinochet pour être jugé en Espagne pour crimes contre l'Humanité- avait été connue après le prononcé de la Sentence du 25 novembre 1998⁴⁹, et celle-ci avait été annulée le 17 décembre 1998 par un deuxième tribunal de la House of Lords⁵⁰].

48. Dans le système CIRDI, les arbitres ont l'obligation de communiquer au Centre, au Tribunal arbitral et aux autres parties un éventuel conflit d'intérêts le plus tôt possible, conformément à la Règle d'arbitrage n° 6(2) et selon le Principe Général n° 7 de l'IBA:

Devoirs des arbitres et des parties

*(a) A party shall inform an arbitrator, the Arbitral Tribunal, the other parties and the arbitration institution or other appointing authority (if any) of **any** relationship, direct or indirect, between the arbitrator and the party (or another company of the same group of companies, or an individual having a controlling influence on the party in the arbitration), or between the arbitrator and **any person or entity** with a direct*

⁴⁸ *Compañía de Aguas del Aconquija S.A., Vivendi Universal v Republic of Argentina*, Decision on the Argentine Republic's Request for Annulment of the Award, ICSID Case No. ARB/97/3, 10 August 2010, §§226, 230, 236, 237, accessible dans

<http://www.italaw.com/documents/VivendiSecondAnnulmentDecision.pdf>

⁴⁹ Accessible dans <http://www.publications.parliament.uk/pa/ld199899/ldjudgmt/jd981125/pino01.htm>

⁵⁰ Accessible dans <http://www.publications.parliament.uk/pa/ld199899/ldjudgmt/jd990115/pino01.htm>

economic interest in, or a duty to indemnify a party for, the award to be rendered in the arbitration.

The party shall do so on its own initiative at the earliest opportunity.

*(c) In order to comply with General Standard 7(a), a party shall perform reasonable enquiries and provide **any** relevant information available to it.*

*(d) An arbitrator is under a duty to make reasonable enquiries to identify **any** conflict of interest, as well as **any** facts or circumstances that may reasonably give rise to doubts as to his or her impartiality or independence.*

Failure to disclose a conflict is not excused by lack of knowledge, if the arbitrator does not perform such reasonable enquiries. (Soulignement ajouté).

[En l'espèce, les deux arbitres membres des Essex Court Chambers n'ont pas menée d'enquête, ni informé le Centre ni les parties Demanderesses, des Rapports existant entre l'État Défendeur et des membres des Essex Court Chambers, ni fait droit à la requête de *disclosure* du 10 novembre 2016].

49. Les relations entre l'arbitre et une partie font l'objet du Principe Général n° 6 :

(6) Relationships

(a) The arbitrator is in principle considered to bear the identity of his or her law firm, but when considering the relevance of facts or circumstances to determine whether a potential conflict of interest exists, or whether disclosure should be made, the activities of an arbitrator's law firm, if any, and the relationship of the arbitrator with the law firm, should be considered in each individual case.

*The fact that the activities of the arbitrator's firm involve one of the parties shall not necessarily constitute a source of such conflict, or a reason for disclosure. Similarly, if one of the parties is a member of a group with which the arbitrator's firm has a relationship, **such fact should be considered in each individual case**, but shall not necessarily constitute by itself a source of a conflict of interest, or a reason for disclosure.*

(b) If one of the parties is a legal entity, any legal or physical person having a controlling influence on the legal entity, or a direct economic interest in, or a duty to indemnify a party for, the award to be rendered in the arbitration, may be considered to bear the identity of such party. (Soulignement ajouté).

[En l'espèce, les deux arbitres membres des Essex Court Chambers n'ont pas révélé les rapports de la République du Chili avec des membres de ces Chambers, ont explicitement refusé de le faire dans leurs communications du 17 octobre 2016⁵¹, et tacitement -cette fois dans le cadre de la procédure en qualité d'arbitres- en n'acceptant pas la demande du 10 novembre 2016⁵²].

50. Les Principes de l'IBA placent dans la *Non-Waivable Red List* le fait que

1.4 *The arbitrator or his or her firm **regularly advises the party**, or an affiliate of the party, and the arbitrator or his or her firm **derives significant financial income therefrom**.* (Soulignement ajouté).

⁵¹ Pièces nos. 14 et 16

⁵² Pièce n° 3

[Le 18 septembre 2016 le Gouvernement du Chili a rendu public le fait que des membres des Essex Court Chambers conseillaient la République du Chili de manière régulière⁵³]

La *Part II: Practical Application of the General Standards* de ces Principes de l'IBA indique

2. (...) *The Non-Waivable Red List includes situations deriving from the overriding principle that no person can be his or her own judge. Therefore, acceptance of such a situation cannot cure the conflict.*

[Dans leur réponse du 17 octobre 2016 les deux arbitres membres des Essex Court Chambers se sont placés eux-mêmes en *iudices in causa sua*⁵⁴]

51. Dans l'affaire CIRDI *Azurix c. Argentina* le Président du Tribunal arbitral, M. Yves Fortier, PC CC OQ QC, révéla en début de procédure que l'une des parties avait des rapports avec sa *law firm* et aussitôt démissionna de celle-ci, avec effet immédiat, 'so that [he would] serve as president in a capacity of unquestionable independence unaffected by events of which [he had] no knowledge or information and over which [he had] no control'⁵⁵.

[Dans leur réponse du 17 octobre 2016, les deux arbitres membres des Essex Court Chambers n'ont pas révélé les rapports entre la République du Chili et des membres de leurs *Chambers*, et n'ont démissionné de celles-ci, ni fait droit le 16 novembre 2016 à la demande des Demanderesses du 10 novembre dans le cadre de leurs fonctions au sein du Tribunal⁵⁶].

III. LES CIRCONSTANCES SPÉCIFIQUES EN L'ESPÈCE

1. Les agissements continus de la République du Chili pour placer le Tribunal arbitral sous influence et/ou saborder l'arbitrage

52. Cette opacité est encore moins acceptable dans le système CIRDI dès lors que la Sentence arbitrale de 2008 a condamné la République Défenderesse pour manquement au traitement juste et équitable, en ce compris le déni de justice, à l'égard des investisseurs espagnols, consistant à occulter les effets majeurs sur l'orientation de l'arbitrage d'une décision de justice.

⁵³ Pièces nos. 6 et 7

⁵⁴ Pièces nos. 14 et 16

⁵⁵ Challenge, Decision of 25 February 2005

⁵⁶ Pièces nos. 2, 14, 16 et 21

53. L'une des circonstances spécifiques et uniques du présent arbitrage, depuis son commencement le 6 novembre 1997, est constitué par les agissements continus de l'Etat du Chili visant à placer le Tribunal arbitral sous son contrôle, direct ou indirect, ou, alternativement, de saborder la procédure arbitrale, ce qui a abouti à prolonger la procédure et maximiser les coûts.⁵⁷ Il ne s'agit pas ici « d'accusations » mais de faits patents et avérés. En résumé, très abrégé, il a été attesté devant le présent Tribunal arbitral⁵⁸ que

- **Le 5 mai 1998**, la représentation de la République du Chili a exigé du Secrétaire Général du CIRDI l'annulation de l'enregistrement de la Requête, en déclarant qu'il demanderait la nullité de la Sentence à venir si celle-ci ne lui était pas favorable.⁵⁹
- **Le 29 juillet 1998**, la représentation de la République du Chili a désigné, en qualité d'arbitre, « *el distinguido jurista mexicano Don Jorge Witker Velásquez* », en passant sous silence qu'il était chilien *iure soli et iure sanguinis*.⁶⁰
- **Le 18 novembre 1998**, la représentation du Chili a nommé comme arbitre M. Galo Leoro-Franco, Grand-Croix de l'Ordre Bernardo O'Higgins, la plus haute décoration de la République du Chili.⁶¹
- **Le 30 novembre 1998**, le Ministre chilien de l'Économie a adressé une lettre à Monsieur le Secrétaire Général du CIRDI où il attaque le Centre pour avoir enregistré la **Requête d'arbitrage**.⁶²
- **Le 2 février 1999**, lors de l'acte de constitution du Tribunal, le représentant du Chili a reconnu qu'**antérieurement au 20 avril 1998** (date de l'enregistrement de la Requête), le Ministre de l'Économie du Chili s'était déplacé en personne au CIRDI afin d'insister personnellement pour que la **Requête** introduite le 6 novembre 1997 ne soit pas enregistrée.⁶³
- **Le 2 février 1999**, également, la représentation de la République du Chili a remis en main propre au Tribunal arbitral une copie de la lettre du Ministre chilien de l'Économie⁶⁴, datée du 30 novembre 1998 et adressée à Monsieur le Secrétaire

⁵⁷ Voir la pièce CRM89, 2005-09-19 Mémoire relatif à la mauvaise foi du Chili, accessible dans http://www.elclarin.cl/fpa/pdf/051005_fr.pdf

⁵⁸ Voir la *Brève synthèse raisonnée de la méthode mise en œuvre par la représentation du Chili afin de faire échec à l'arbitrage: placer le Tribunal sous influence, prolonger la procédure et maximiser les coûts*, du 27 juin 2014, pièce CM-00, accessible dans <http://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/italaw3245.pdf>

⁵⁹ Ibid, p. 4.13.1.2

⁶⁰ Ibid, p.4.13.1.7

⁶¹ Voir la lettre de l'agent du Chili adressée au Centre le 18 novembre 1998

⁶² Pièce ci-jointe n° 25, accessible dans <http://www.elclarin.cl/images/pdf/memoire17031999.pdf>, figurant comme pièce C-M01 annexée au Mémoire initial des Demanderesses du 17 mars 1999, §4.13.1.10

⁶³ Pièce C-M01, ibid, §4.13.1.1.1

⁶⁴ Lettre du Ministre chilien de l'Économie du 20 novembre 1998, pièce ci-jointe n° 12; Pièce C-M01f, Mémoire du 17 mars 1998, §4.13.1.10

Général du CIRDI, où après avoir attaqué le Centre pour avoir enregistré la **Requête** l'auteur affirmait : "*nous déclarons formellement notre objection à la constitution du Tribunal*", et menaçait de "*demander (...) la nullité de tout ce qui aura été fait (...)*" au cas où le Secrétaire Général du CIRDI n'annulerait pas l'enregistrement de la Requête.

- **Le 21 août 2002**⁶⁵, la Chambre des Députés du Chili tient une séance spéciale sur la présente procédure arbitrale. Les partis gouvernementaux approuvent une motion demandant que la République du Chili ne respecte pas une éventuelle décision du Tribunal arbitral favorable aux investisseurs espagnols.
- **Le 24 août 2005**, la représentation de la République du Chili demande la récusation de l'entier Tribunal arbitral, après que, le 27 juin 2005, celui-ci ait fait connaître aux Parties, par l'intermédiaire du Centre, qu'il avait rédigé un projet de Sentence, et le 12 août 2005 que les membres du Tribunal arbitral devaient se réunir début septembre afin de finaliser la Sentence.⁶⁶
- **Le 26 août 2005**, M. Leoro Franco, arbitre désigné par la République du Chili, donne sa démission au motif qu'il aurait perdu la confiance de la partie l'ayant désigné.⁶⁷
- **Le 8 septembre 2005**, le Centre, à la demande du Juge M. Bedjaoui, informait les membres du Tribunal et les parties Demanderesses qu'une réunion *ex parte* s'était tenue le 2 septembre 2005 à Washington D.C. entre, d'une part, le Secrétaire Général du Centre et, d'autre part, le Ministre de l'Économie du Chili –en sa qualité d'envoyé personnel du Président du Chili-, l'Ambassadeur du Chili aux EE.UU., ainsi que d'autres membres d'une délégation chilienne demandant le renversement immédiat du Tribunal arbitral régulièrement constitué.⁶⁸
- **M. Jorge Carey, représentant personnel du Président du Chili dans la présente phase de la procédure arbitrale, a également participé à cette réunion *ex parte* de 2005 visant le renversement du Tribunal arbitral, qui a été suivie de la destitution du Juge M. Bedjaoui, ancien Président de la Cour Internationale de Justice, par M. Paul Wolfowitz, Président alors du Conseil administratif du CIRDI, sans aucune motivation (se pliant donc à une interférence dans la procédure arbitrale⁶⁹ ontologiquement contraire à la raison d'être et à la finalité de la Convention de dépolitiser la solution des différends en matière d'investissements étrangers).**
- **Le 2 avril 2006**, le représentant du Chili demande au Tribunal arbitral de lui communiquer le détail d'une réunion à huis-clos du Tribunal, les opinions qui y ont été émises, le compte-rendu, l'enregistrement, les notes prises pendant la réunion ou,

⁶⁵ Pièce C208, procédure arbitrale initiale

⁶⁶ La récusation du Tribunal par le Chili est accessible dans <http://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/italaw7549.pdf>

⁶⁷ Document accessible dans <http://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/italaw7550.pdf>

⁶⁸ Documents accessibles dans <http://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/italaw7557.pdf> et <http://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/italaw7552.pdf>

⁶⁹ La décision de M. Paul Wolfowitz du 21 février 2006 et quelques-uns des agissements de l'État hôte pour renverser le Tribunal arbitral à partir d'août 2005 sont accessibles dans <http://www.italaw.com/cases/829>

alternativement, que chacun des arbitres communique au Chili «une version précise et détaillée de ce qui a été discuté et décidé pendant cette réunion ou ces réunions, tout ceci certifié par Monsieur le Secrétaire du Tribunal... ».

- Ces agissements ont été incorporées dans la Sentence arbitrale du 8 mai 2008 (Pierre Lalive, M. Chemloul, E. Gaillard, pp. 729, 34-37)⁷⁰ qui a condamné le Chili pour manquement au traitement juste et équitable, en ce compris le déni de justice, condamnation que la Décision du Comité *ad hoc* du 18 décembre 2012⁷¹ (L.Y. Fortier QC, P. Bernardini, A. El-Kosheri), p. 353, a déclarée *res iudicata*.
- **Le 6 janvier 2014**, la représentation de l'Etat du Chili a récusé l'arbitre nommé par les Demanderesses, le Prof. Philippe Sands, qui le 10 janvier 2014 a décidé de démissionner volontairement du Tribunal « *to allow these proceedings to continue without the distraction posed by my involvement (...) in the interest of the parties and the ICSID system* ». ⁷²

2. Le Code éthique de l'Ordre des avocats du Chili qualifie de conflit d'intérêts objectif une situation comme celle crée dans la présente procédure entre l'Etat du Chili et des arbitres membres des Essex Court Chambers

54. La déclaration publique de l'Ordre des Avocats du Chili du 24 octobre 2016 a rappelé les normes du Code Éthique s'appliquant aux conseils chiliens depuis le 1^{er} août 2011⁷³ :

«3°) Par ailleurs, l'article 88 du Code d'Éthique Professionnelle dispose que, par norme générale « *Quand plusieurs avocats sont membres de la même équipe professionnelle, quelle que soit la forme associative utilisée, les règles qui disqualifient l'un d'entre eux pour agir dans une affaire, pour raisons de conflit de fonctions ou d'intérêts, disqualifient les autres aussi* ».

4°) Ainsi l'extension des disqualifications dérivées de conflits de fonctions et d'intérêts, réglementés par le Code d'Éthique Professionnelle, à d'autres avocats avec lesquels est partagé un bureau professionnel, ne requiert pas l'existence d'une société professionnelle entre eux.

5°) Le « *toit en commun* » constitue sans aucun doute une forme associative suffisante pour étendre la disqualification d'un avocat aux autres professionnels du bureau lorsque ce lien professionnel suppose le partage de frais, l'utilisation d'une dénomination en commun, une publicité pour le cabinet comme une entité au moyen

⁷⁰ Accessible dans <http://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/ita0638.pdf>

⁷¹ Accessible dans <http://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/italaw1178.pdf>

⁷² Voir dans la pièce n° 23 la lettre de démission du Prof. Philippe Sands du 10 janvier 2014, accessible dans <http://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/italaw3045.pdf>

⁷³ Pièce n° 24, déclaration publique de l'Ordre des avocats du Chili, le 24 octobre 2016, accessible dans <https://goo.gl/P9kX8x>

de sa page web et le fait d'assurer ensemble, même occasionnellement, la défense juridique de certains clients.

55. La République du Chili ne respecte pas ces normes éthiques dans la présente procédure arbitrale ni dans ses rapports avec les membres des Essex Court Chambers⁷⁴.

3. La République du Chili, le Tribunal arbitral et le Centre ont pourtant appliqué aux parties Demanderesses les Principes de l'IBA sur le conflit d'intérêts

56. Le 18 décembre 2013 la République du Chili a communiqué au Tribunal arbitral ses exigences à ce sujet dans le présent arbitrage⁷⁵ :

46. Article 14(1) of the Convention mandates that arbitrators “be persons of high moral character and recognized competence in the fields of law, commerce, industry or finance, **who may be relied upon to exercise independent judgment.**”⁷⁶ As Professor Schreuer has noted, of the three qualities listed in Article 14(1), “only the requirement of reliability to exercise independent judgment has played a role in practice.”⁷⁷

47. Although the English version of the Convention states that an arbitrator must be a person “who may be relied upon to exercise independent judgment,”⁷⁸ ICSID tribunals—as well as the Centre itself—repeatedly have recognized that an arbitrator must also be relied upon to be impartial.⁷⁹ The requirement of independence and impartiality not only is an approach that “accords with that found in many arbitration rules,”⁸⁰ but is also one that is mandated by the terms of the ICSID Convention. As many tribunals have acknowledged, the Spanish version of Article 14(1) refers to an arbitrator’s “impartiality”⁸¹ rather than independence. “Since the [ICSID Convention] by its terms makes both language versions equally authentic, [both] the standards of independence and impartiality [apply] in making our decisions.”⁸² (...)

48. While “the precise nature of the distinction [between independence and impartiality] is not always easy to grasp[,] [g]enerally speaking independence relates to the lack of relations with

⁷⁴ Voir la déclaration d'un conseil du Chili publiée dans *Global Arbitration Review* le 25 octobre 2016 : « the letter [des Demanderesses du 13 octobre 2013, pièce n° 12] reflects a misunderstanding of the nature of barristers' chambers in the UK (...) », pièce n° 19, page 4, cité

⁷⁵ Voir la lettre de la partie Défenderesse du 18 décembre 2013

⁷⁶ 88 ICSID Convention, Art. 14(1) (emphasis added).

⁷⁷ RA-10, CHRISTOPH SCHREUER ET AL., THE ICSID CONVENTION: A COMMENTARY, Art. 57 ¶ 18 (2d. ed. 2009) (“Schreuer, *Commentary*, Art. 57”), souligné dans l'original.

⁷⁸ ICSID Convention, Art. 14(1) (emphasis added).

⁷⁹ RA-7, *Suez, Sociedad General de Aguas de Barcelona and InterAguas Servicios Integrales del Agua S.A. v. The Argentine Republic*, ICSID Case No. ARB/03/17 (Decision on the Proposal for the Disqualification of a Member of the Arbitral Tribunal, 22 October 2007), ¶ 28 (Salacuse, Nikken) (“*Suez (Challenge)*”); see also RA-4, *ConocoPhillips Company et al. v. The Bolivarian Republic of Venezuela*, ICSID Case No. ARB/07/30 (Decision on the Proposal to Disqualify L. Yves Fortier, Q.C., Arbitrator, 27 February 2012), ¶ 54 (Keith, Abi-Saab) (“*ConocoPhillips (Challenge)*”); RA-8, *Urbaser (Challenge)*, ¶ 36.

⁸⁰ RA-7, *Suez (Challenge)*, ¶ 28.

⁸¹ ICSID Convention, Art. 14(1) (Spanish) (affirmant que les arbitres “deberán . . . inspirar plena confianza en su imparcialidad de juicio”).

⁸² RA-7, *Suez (Challenge)*, ¶ 28; see also RA-4, *ConocoPhillips (Challenge)*, ¶ 54; RA-8, *Urbaser (Challenge)*, ¶ 36.

a party that might influence an arbitrator's decision. Impartiality, on the other hand, concerns the absence of a bias or predisposition toward one of the parties."⁸³

49. As the Chairman of the Administrative Council recently emphasized in his decisions to disqualify arbitrators in the *Blue Bank v. Venezuela* and *Burlington Resources v. Ecuador* arbitrations, to prove that an arbitrator lacks independence or impartiality, the party requesting disqualification need not demonstrate actual bias. In both cases, the Chairman of the Administrative Council made the following (identical) statement: "Articles 57 and 14(1) of the ICSID Convention do not require proof of actual dependence or bias; rather, **it is sufficient to establish the appearance of dependence or bias.**"⁸⁴ The *Urbaser v. Argentina* tribunal, which the Chairman of the Administrative Council cited in support of his rulings in *Blue Bank and Burlington Resources*,⁸⁵ explained: "The requirements of independence and impartiality serve the purpose of protecting the parties against arbitrators being influenced by factors other than those related to the merits of the case. In order to be effective this protection does not require that actual bias demonstrate a lack of independence or impartiality."⁸⁶ Instead, "[a]n appearance of such bias from a reasonable and informed third person's point of view is sufficient to justify doubts about an arbitrator's independence or impartiality."⁸⁷ As Professor Sands himself noted in the context of challenges based on arbitrators who serve simultaneously as counsel, "the test is not what we think, but what a reasonable observer would think."⁸⁸

50. Although many claims of partiality have been based on relationships between arbitrators and the parties (or arbitrators and counsel), other circumstances may be "sufficient to justify doubts about an arbitrator's independence or impartiality."⁸⁹ As the *Conoco Phillips* tribunal recently held, justifiable doubts can arise out of any circumstances leading a reasonable person to conclude that an arbitrator might be "influenced by factors other than those related to the merits of the case."⁹⁰ (...).

53. (...) as the recent decisions by the Chairman of the Administrative Council in the *Blue Bank and Burlington Resources* cases confirm, there is little practical difference between the standard derived from the IBA Guidelines applied in *Perenco* and the one set forth in Article 57 of the ICSID Convention. As the PCA stated in *Perenco*, under the IBA Guidelines, "Judge Brower would be disqualified if 'circumstances . . . have arisen since the appointment, that, from a reasonable third person's point of view having knowledge of the relevant facts, give rise to justifiable doubts' as to Judge Brower's impartiality or independence."⁹¹ Under the General Standard of the IBA Guidelines, justifiable doubts exist "if a reasonable and informed third party would reach the conclusion that there was a likelihood that the arbitrator may be influenced by factors other than the merits of the case as presented by the parties in reaching his or her decision."⁹² This is an "appearance test."⁹³ Accordingly, a finding that the

⁸³ RA-7, *Suez* (Challenge), ¶ 29.

⁸⁴ RA-2 *Blue Bank* (Challenge), ¶ 59 (emphasis added); RA-3, *Burlington Resources* (Challenge), ¶ 66 (ICSID Administrative Council Chairman Kim), souligné dans l'original

⁸⁵ RA-2, *Blue Bank* (Challenge), ¶ 59; RA-3, *Burlington Resources* (Challenge), ¶ 66 (citing RA-8, *Urbaser* (Challenge), ¶ 43).

⁸⁶ RA-8, *Urbaser* (Challenge), ¶ 43.

⁸⁷ *Id.*

⁸⁸ RA-8, *Urbaser* (Challenge), ¶ 43.

⁸⁹ RA-8, *Urbaser* (Challenge), ¶ 43

⁹⁰ RA-4, *ConocoPhillips* (Challenge), ¶ 55. As Professor Schreuer has noted, one example of issue conflict "arises in investment arbitrations when an arbitrator is also involved as counsel in another pending case. Challenging parties in those types of situations argue that if an arbitrator also acts as counsel in another investment case, involving similar legal issues, an unbiased approach cannot be maintained." RA-10, Schreuer, Commentary, Art. 57, ¶ 34.

⁹¹ RA-6, *Perenco* (Challenge), ¶ 44 (quoting RA-11, IBA Guidelines, General Standard 2(b)).

⁹² RA-11, IBA Guidelines, General Standard 2(c). This interpretation also has been accepted in the Article 57 context.

⁹³ RA-11, IBA Guidelines, Explanation to General Standard 2(b); see also RA-6, *Perenco* (Challenge), ¶¶ 42–44.

arbitrator “is actually biased . . . or has actually prejudged the merits of the dispute is not necessary in order for the challenge to be sustained”⁹⁴

54. *The standard for impartiality is evaluated the same way in the Article 57 context. As the Chairman of the Administrative Council held in the recent Blue Bank and Burlington Resources decisions: “Independence and impartiality both ‘protect parties against arbitrators being influenced by factors other than those related to the merits of the case.’”⁹⁵ For disqualification due to the lack of one of these qualities, “[t]he applicable legal standard is an ‘objective standard based on a reasonable evaluation of the evidence by a third party.’”⁹⁶ Proof of actual dependence or bias is not required; “rather it is sufficient to establish the appearance of dependence or bias.”⁹⁷ (...).*

55. *The “appearance” standard is employed in numerous jurisdictions. As the Working Group that drafted the IBA Guidelines explained, in preparing the Guidelines, “[t]he members of the Working Group submitted 13 National Reports from the following jurisdictions: Australia, Belgium, Canada, England, France, Germany, Mexico, the Netherlands, New Zealand, Singapore, Sweden, Switzerland, and the United States.”⁹⁸ These reports covered a wide range of issues, including whether “an ‘appearance’ test or something similar is applied”⁹⁹ Out of the 13 surveyed, “[a]ll of the jurisdictions agree that a challenge to the impartiality and independence of an arbitrator depends on the appearance of bias and not actual bias.”¹⁰⁰*

57. Le 5 juillet 2014 la République du Chili a également demandé la récusation de M. le Secrétaire du Tribunal arbitral au motif suivant :

Chile took note of the disclosures made at the First Session by Claimants’ counsel and by the Secretary of the Tribunal, Mr. Paul-Jean LeCannu, concerning (a) the ongoing status of Mr. LeCannu’s father as a consultant to one of Claimants’ counsel’s law firms, Gide Loyrette Nouel, and (b) Mr. LeCannu’s own role as an intern at Gide Loyrette Nouel years ago.

58. En révélant ce rapport avec le Cabinet Gide, les Demanderesses appliquaient loyalement, sans réserve ni restriction aucunes, le Principe Général n° 7 de la IBA relatif aux conflits d’intérêts dans l’arbitrage international :

A party shall inform an arbitrator, the Arbitral Tribunal, the other parties and the arbitration institution or other appointing authority (if any) (...) any relationship, including membership of the same barristers’ chambers, between its counsel and the arbitrator. The party shall do so on its own initiative at the earliest opportunity, and upon any change in its counsel team.

59. En acceptant la récusation du Secrétaire du Tribunal formulée par l’Etat du Chili, le Centre a fait une application extensive dans le système CIRDI des incompatibilités établies dans lesdits Principes de l’IBA relatifs aux conflits d’intérêts. Les Demanderesses formulent ici une demande reposant sur des faits mettant en jeu des incompatibilités plus objectives encore. A moins de considérer que les investisseurs

⁹⁴ RA-6, *Perenco (Challenge)*, ¶ 44 (emphasis in original).

⁹⁵ RA-2, *Blue Bank (Challenge)*, ¶ 59; RA-3, *Burlington Resources (Challenge)*, ¶ 66.

⁹⁶ RA-2, *Blue Bank (Challenge)*, ¶ 60; RA-3, *Burlington Resources (Challenge)*, ¶ 67 (quoting RA-7, *Suez (Challenge)*, ¶¶ 39–40).

⁹⁷ RA-2, *Blue Bank (Challenge)*, ¶ 59; RA-3, *Burlington Resources (Challenge)*, ¶ 66.

⁹⁸ RA-12, *Background Information on the IBA Guidelines*, pp. 436–437

⁹⁹ *Id.* p. 437.

¹⁰⁰ *Id.*, p. 441.

doivent être soumis à un critère d'examen différent de celui applicable à la Défenderesse, il serait ici fait droit à leur demande.

4. Nemo iudex esse debet in causa sua

60. Les deux circonstances prévues au point 1.4 de la *Non-Waivable Red List* surviennent, rappelons-le, lorsque

The arbitrator or his or her firm regularly advises the party, or an affiliate of the party, and the arbitrator or his or her firm derives significant financial income therefrom. (Soulignement ajouté).

61. Ce principe n'admet pas d'exception et, en conséquence, les arbitres ont le devoir de rechercher, avec la *due diligence* à laquelle ils sont tenus, l'existence de possibles conflits d'intérêts, de les révéler sans délai au Centre et aux parties, leur permettant ainsi d'évaluer leur éventuelle incidence sur l'intégrité de la procédure.

62. Les deux prémisses du Principe 1.4 *Non-Waivable Red List* de l'IBA sont vérifiées dans la présente procédure arbitrale. La première a été explicitement dévoilée le 18 septembre 2016 par les autorités du Chili¹⁰¹, la deuxième configuration tacitement, elle est l'une des questions posées dans les lettres des Demanderesses du 13 octobre 2016¹⁰² qui n'ont pas été répondues, et dans les demandes formulées au présent Tribunal arbitral des 10 et 18 novembre 2016 après sa reconstitution.

63. La Règle Générale n° 7(2) des principes de l'IBA dispose:

*“[a]n arbitrator is under a duty to make reasonable enquiries to identify **any conflict of interest**, as well as **any facts or circumstances** that may reasonably give rise to doubts as to his or her impartiality or independence. **Failure to disclose a conflict is not excused by lack of knowledge, if the arbitrator does not perform such reasonable enquiries**”* (soulignement ajouté),

et la Règle générale 3(a):

*“(a) If facts or circumstances exist that may, **in the eyes of the parties**, give rise to doubts as to the arbitrator's impartiality or independence, the arbitrator shall disclose such facts or circumstances to the parties, the arbitration institution or other appointing authority (if any, and if so required by the applicable institutional rules) and the co-arbitrators, if any, prior to accepting his or her appointment or, if thereafter, as soon as he or she learns of them.* (Soulignement ajouté).

64. Or, en l'espèce, les faits et circonstances relatifs aux rapports, directs et indirects, existant entre la République du Chili et des membres et des personnes liées aux Essex

¹⁰¹ Pièces 6 et 7

¹⁰² Pièces 12 et 13

Court Chambers n'ont pas été dévoilés au Centre, ni aux investisseurs espagnols. Dans leur réponse du 17 octobre 2016 les deux arbitres se sont dispensés à eux-mêmes du devoir de *disclosure* en même temps qu'ils proclamaient leur ignorance des faits, une réponse que le jugement de la High Court of England and Wales du 2 mars 2016 considère inacceptable lorsqu'on applique le « *test at common law for apparent bias* » (§20 *supra*) :

No attention will be paid to any statement by the [arbitrator] as to the impact of any knowledge on his or her mind”.

5. Révéler ou se démettre en cas de confidentialité

65. Le General Standard n° 3 des Principes de l'IBA dispose

(d) Any doubt as to whether an arbitrator should disclose certain facts or circumstances should be resolved in favour of disclosure.

66. L'explication de l'IBA à ce standard est la suivante:

(d) In determining which facts should be disclosed, an arbitrator should take into account all circumstances known to him or her. If the arbitrator finds that he or she should make a disclosure, but that professional secrecy rules or other rules of practice or professional conduct prevent such disclosure, he or she should not accept the appointment, or should resign. (Soulignement ajouté).

67. Ce principe a été appliqué par le prof. Philip Sands, l'arbitre nommé par les investisseurs espagnols, en démissionnant volontairement du présent Tribunal arbitral le 14 janvier 2014, après que le Chili lui ait posé une question relative à d'éventuelles relations professionnelles avec des tiers qui n'étaient même pas partie dans la présente procédure:

*These proceedings involve only a very limited phase (quantum, following the findings on jurisdiction and liability). They can and should be addressed expeditiously and without undue distraction, as I expected to be the case when I accepted appointment. It hardly seems appropriate to expend undue effort in taking the matter raised by the Claimant to decision. This is all the more so where **the Respondent has raised issues that would require correction and/or response by reference to information that is subject to professional confidentiality (and could not be provided without permission obtained from third parties, which in certain respects would certainly not be granted).**¹⁰³ (Soulignement ajouté).*

68. Alors que, comme on l'a vu, le commentaire à la Règle Général 4(b) des principes de l'IBA affirme que les *facts and circumstances arising in the course of the*

¹⁰³ Voir la lettre de démission du professeur Philippe Sands dans la pièce n° 23

arbitration should be disclosed to the parties by virtue of the arbitrator's ongoing duty of disclosure,

et que les Règles 3.1.4, 3.2.1 et 3.2.3 des principes de l'IBA rendent obligatoire de révéler les faits relatifs à ce que

the arbitrator's law firm has, within the past three years, acted for or against one of the parties, or an affiliate of one of the parties, in an unrelated matter without the involvement of the arbitrator,

The arbitrator's law firm is currently rendering services to one of the parties, or to an affiliate of one of the parties, without creating a significant commercial relationship for the law firm and without the involvement of the arbitrator

dans la présente procédure en rectification d'erreurs matériels de la Sentence arbitrale du 16 septembre 2016

- a) l'absence de *disclosure* des faits sollicités par les investisseurs espagnols aussi bien de la part de la République du Chili que des arbitres également membres des Essex Court Chambers;
- b) le silence continu de la République du Chili et desdits deux arbitres, depuis la date de leur désignation en janvier 2014, à l'égard des rapports entre l'Etat du Chili et des membres de leurs *chambers*;
- c) le fait que les travaux de membres des Essex Court Chambers pour la République du Chili n'aient pas été interrompus après janvier 2014 afin d'assurer la pleine neutralité des deux arbitres ;
- d) le fait que ces derniers n'aient pas démissionné de leurs *chambers*, ni offert aux parties de démissionner du présent Tribunal ;
- e) l'absence apparente d'un « écran éthique » ou « une muraille chinoise »¹⁰⁴ avec les membres desdites *chambers* rémunérés par l'Etat du Chili et recevant des instructions de celui-ci, ou d'organismes qui en dépendent,
- f) le fait que les deux arbitres n'aient pas fait droit à la demande adressée, cette fois, au Tribunal arbitral le 10 novembre 2016,

semblent converger dans le but apparent d'empêcher que soient vérifiés, en l'espèce, des tests tels que ceux appliqués dans le système CIRDI pour évaluer des éventuels conflits d'intérêts et des biais¹⁰⁵, ou d'autres test adaptés aux circonstances de l'espèce,

¹⁰⁴ En ce qui concerne les '*ethical screens*', voir C. Nakajima & E. Sheffield, Conflicts of Interest and Chinese Walls (London, Butterworths Lexis Nexis, 2002); C. Hollander & S. Salzedo, Conflicts of Interest & Chinese Walls (London, Sweet & Maxwell, 2000)

¹⁰⁵ Voir, par exemple, les tests appliqués dans les affaires CIRDI *Fábrica de Vidrios c. Venezuela*, ICSID Case No. ARB/12/21, Decision on the Proposal to Disqualify L.Y. Fortier QC, 28 mars 2016; *Conoco v. Venezuela*, ICSID Case No. ARB/07/30, Decision on the Proposal to Disqualify L.Y. Fortier QC, du 15 mars 2016 ; *Azurix v Argentina I*, Challenge Decision, 25 February 2005; *Vanessa Ventures Ltd. v. The Bolivar Republic of Venezuela*, ICSID Case No. ARB(AF)/04/6, Decision on Jurisdiction, 22 August 2008, pages 7-9; *Vivendi v. Argentina I*, Challenge Decision, 3 October 2001; *Lemire v. Ukraine*, cité ; *Suez v. Argentina II*, Challenge

et ont créé l'apparence objective

1. d'absence de transparence de la part des arbitres membres des Essex Court Chambers et de la République du Chili;
2. de possible proximité, d'intensité, de dépendance et de signification des rapports, directs ou indirects, entre l'Etat du Chili et les Essex Court Chambers;
3. du fait que les services que la République du Chili, ou un organisme dépendant de celle-ci, reçoivent de membres appartenant aux Essex Court Chambers pourraient porter sur des conseils stratégiques,
4. que ces services pourraient présenter des rapports, directs ou indirects, avec le présent arbitrage,
5. que les montants des rétributions versées par la République du Chili à des membres desdites *Chambers* et leur date pourraient être inavouables devant le Tribunal arbitral, le Centre et les investisseurs espagnols.

IV. LA SURPRENANTE CONTRADICTION DE L'ARBITRE M. ALEXIS MOURRE

69. En ne faisant pas droit le 21 novembre 2016 aux demandes de *disclosure* formulées par les Demanderesses, et visant MM. Berman et Veeder, M. Alexis Mourre, en tant que membre du Tribunal, a favorisé l'opacité des rapports entre l'État Défendeur et des membres des Essex Court Chambers dont sont membres les deux autres arbitres.

70. En agissant ainsi M. Mourre fait preuve de discrimination au détriment des Demanderesses et n'applique pas dans le cadre du système CIRDI les normes de transparence dont il fait figure de champion dans l'arbitrage international. En effet, comme il le souligne:

It is of course not satisfactory to leave the fate of an award in which the parties have invested tens of millions of dollars and years of work to the hazards of subjectivity. The Tecnimont tale is in this respect cautionary. Because certain professional links between a party and one of the arbitrators' law firms had not been disclosed, a partial award was quashed by the Court of Appeal in Paris in February 2009⁽¹⁹⁾¹⁰⁶ and the parties have since then been litigating before the French judiciary.⁽²⁰⁾¹⁰⁷

All these questions come down to one single fundamental question: is the arbitrator required to disclose any link with the parties and their counsel, or is he or she

Decision, 12 May 2008; *Hrvatska v. Slovenia*, cité, ou *Rompotrol Group NV v. Romania*, Challenge Decision of Counsel, 14 January 2010, cité

¹⁰⁶ [19 Paris *Cour d'Appel*, 1ère Chambre, Section C, 12 February 2009, no. 07.22164]

¹⁰⁷ [20 French *Cour de Cassation*, Civ. 1ère, 4 November 2010, no. 02-12716; Reims *Cour d'Appel*, 2 November 2011, no. 10.02888; French *Cour de Cassation*, Civ. 1 re, 25 June 2014, no. 11-26259]

allowed to exercise judgment as to what is or is not relevant? And why is that question so important? Because, at the end of the day, the arbitrator is not the judge of the ultimate relevance of the facts that he or she will disclose. He or she is not the judge of whether they should be disqualified. That judgment will be made by the parties and, in case of a disagreement, by a judge, an institution or sometimes the remaining arbitrators. What is required from the arbitrator is only to provide the information that is needed in order to enable the parties to exercise their right to bring forward a challenge¹⁰⁸.

71. Et en sa qualité de Président de la Chambre de Commerce Internationale (CCI, ou ICC en anglais), dont le siège est à Paris, M. Mourre a mis en application des principes de transparence¹⁰⁹ dont il dénie l'application lorsqu'il s'agit de révéler les rapports entre la République du Chili et des membres des Essex Court Chambers dont sont membres ses deux co-arbitres.

72. En effet, le 26 septembre 2016 M. Mourre a fait distribuer une *Note to Parties and Arbitral Tribunals on the Conduct of the Arbitration under the ICC Rules for Arbitration intended to provide parties and arbitral tribunals with practical guidance concerning the conduct of arbitrations*, dont la suivante:

17. The parties have a legitimate interest in being fully informed of all facts or circumstances that may be relevant in their view in order to be satisfied that an arbitrator (...) is and remains independent and impartial or, if they so wish, to explore the matter further and/or take the initiatives contemplated by the Rules.

18. An arbitrator (...) must therefore disclose (...) as the arbitration is ongoing, any circumstance that might be of such a nature as to call into question his or her independence in the eyes of any of the parties or give rise to reasonable doubts as to his or her impartiality. Any doubt must be resolved in favour of disclosure.

*20. Each arbitrator (...) must assess what circumstances, if any, are such as to call into question his or her independence in the eyes of the parties or give rise to reasonable doubts as to his or her impartiality. In making such assessment, an arbitrator should in particular, **but not limited to**, pay attention to the following circumstances:*

□(...) his or her law firm represents or advises, or has represented or advised, one of the parties or one of its affiliates. (...)

□(...) or his or her law firm has a business relationship with one of the parties or one of its affiliates, or a personal interest of any nature in the outcome of the dispute.(...)

¹⁰⁸ Pièce n° 26, Mourre (Alexis), Chapter 23: *Conflicts Disclosures: The IBA Guidelines and Beyond*, in Stavros L. Brekoulakis, Julian D. M. Lew, et al.(eds), *The Evolution and Future of International Arbitration*, International Arbitration Law Library, Volume 37 (© Kluwer Law International; KluwerLaw International 2016), voir notamment les §§23.11, 23.21

¹⁰⁹ Voir ICC clarifies when arbitrators should disclose potential conflicts of interest dans Outlaw.com, 24 feb. 2016, accessible dans <http://www.out-law.com/en/articles/2016/february/icc-clarifies-when-arbitrators-should-disclose-potential-conflicts-of-interest/>

21. The duty to disclose is of an ongoing nature and it therefore applies throughout the duration of the arbitration.

22. Although an advance declaration or waiver in relation to possible conflicts of interest arising from facts and circumstances that may arise in the future may or may not in certain circumstances be taken into account by the Court, it does not discharge an arbitrator from his or her ongoing duty to disclose.

23. When completing his or her Statement and identifying whether he or she should make a disclosure, both at the outset of the arbitration and subsequently, an arbitrator (...) should make reasonable enquiries in his or her records, those of his or her law firm and, as the case may be, in other readily available materials.

24. For the scope of disclosures, an arbitrator will be considered as bearing the identity of his or her law firm, and a legal entity will include its affiliates. In addressing possible (...) challenges, the Court will consider the activities of the arbitrator's law firm and the relationship of the law firm with the arbitrator in each individual case. Arbitrators should in each case consider disclosing relationships with another arbitrator or counsel who is a member of the same barristers' chambers. Relationships between arbitrators, as well as relationships with any entity having a direct economic interest in the dispute or an obligation to indemnify a party for the award, should also be considered in the circumstances of each case.

(Soulignement ajouté)

[Ces principes sont généralement appliqués dans les décisions de M. le Président du Conseil administratif et des tribunaux du système CIRDI cités *supra*.]

73. En sa qualité de membre du Tribunal arbitral ayant adopté la Décision du 21 novembre 2016¹¹⁰, M. Mourre a dénié aux Demanderesses leur droit à voir appliquer tous ces principes propres à l'arbitrage international aux relations entre l'Etat Défendeur et des membres des Chambers dont sont membres les arbitres MM. Sir Franklin Bernan et V.V. Veeder.

V. La proposition de récusation est formulée promptement

74. Ni l'article 57 de la Convention ni l'article 9(1) du Règlement d'arbitrage n'établissent un délai pour formuler la proposition de récusation :

¹¹⁰ Pièce n° 28

*As the ICSID Convention and Rules do not specify a number of days within which a proposal for disqualification must be filed, the timeliness of a proposal must be determined on a case-by-case basis*¹¹¹

75. Dans les affaires *RSM Production Co. v. St. Lucia*¹¹² et *Abaclat*¹¹³ a été considéré raisonnables 28 et 30 jours après avoir eu connaissance des décisions à la base de la proposition de récusation.

76. En l'espèce les faits ayant soulevé des doutes quant à une apparence de conflit d'intérêts ont été connus le 20 septembre 2016 et ce même jour les Demanderesses ont adressé à Mme. la Secrétaire Général la première question visant à cerner les antécédents¹¹⁴. Le 13 octobre suivant elles ont adressé les questions pertinentes à l'Etat Défendeur et aux deux arbitres membres des *Essex Court Chambers* qui figurent dans les pièces nos. 12 et 13 ci-jointes. Lorsque le 18 octobre 2016 les Demanderesses ont adressé à Mme. la Secrétaire Générale une proposition formelle de conflit d'intérêt entre la République du Chili et les deux arbitres membres des *Essex Court Chambers*, la réponse du Centre a attiré l'attention des Demanderesses sur le fait

« que le tribunal constitué dans la procédure de resoumission a rendu sa sentence le 13 septembre 2016. Aucune des procédures prévues aux articles 49, 50, et 51 de la Convention CIRDI n'étant actuellement pendante devant ce tribunal, les demandes formulées au paragraphe (II) de la lettre de M. Pey Casado et la Fondation Président Allende ne peuvent lui être soumises. »

77. Le 7 novembre 2016 ayant été enregistrée la demande du 27 octobre en rectification d'erreurs matérielles et le Tribunal arbitral étant reconstitué, les Demanderesses ont aussitôt sollicité à celui-ci, le 10 novembre¹¹⁵, de faire droit à leur demande de *full disclosure* de l'État Défendeur et desdits deux arbitres.

78. Le 16 novembre suivant le Tribunal arbitral a invité la République du Chili

« à indiquer le plus tôt possible et au plus tard le 30 novembre 2016, si elle accepte les corrections proposées dans la Demande. A la lumière de la réponse de la

¹¹¹ *ConocoPhillips Petrozuata B.V. et al., v. Venezuela*, ICSID Case No. ARB/07/30, Decision on the Proposal to Disqualify a Majority of the Tribunal, ¶ 39 (May 5, 2014); voir également *Abaclat & Others v. Argentina*, ICSID Case No. ARB/07/05, Decision on the Proposal to Disqualify a Majority of the Tribunal, ¶ 68 (Dec. 4, 2014). *Cemex Caracas Investments BV (Netherlands), Cemex Caracas II Investments BV (Netherlands) v. Venezuela*, ICSID Case No. 08/15, Decision on the Proposal to Disqualify a Member of the Tribunal, ¶ 36 (Nov. 6, 2009) (“Rule 9(1) does not fix a quantifiable deadline for submission of challenges,” it is “on a case by case basis that tribunals must decide whether or not a proposal for disqualification has been filed in a timely manner”).

¹¹² *RSM Production Co. v. St. Lucia*, ICSID Case No. ARM/12/10, Decision on Claimant's Proposal for the Disqualification of Dr. Gavan Griffith, QC, ¶ 73 (Oct. 23, 2014), accessible dans <http://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/italaw4062.pdf>

¹¹³ *Abaclat*, ICSID Case No. ARB/07/05, ¶ 69, cité

¹¹⁴ Pièce n° 8

¹¹⁵ Pièce n° 1

Défenderesse, le Tribunal s'attachera à déterminer la procédure ultérieure, conformément à l'article 49(3) du Règlement d'arbitrage du CIRDI."¹¹⁶

79. Le lendemain 17 novembre la République du Chili a répondu qu'elle n'était pas

*"in a position to meet the Tribunal's proposed deadline. (...) the bulk of the Request was devoted to the (unfounded) allegation that there was a "conflict d'intérêts apparent entre la République du Chili et les deux membres du Tribunal arbitral également membres des Essex Court Chambers."*¹¹⁷

80. Le lendemain 18 novembre les Demanderesses ont communiqué au Tribunal Arbitral

*« leur respectueux désaccord quant au fait que le Tribunal n'ait pas donné suite à la demande formulée le 10 novembre 2016. Conformément à la Règle d'arbitrage n° 27, les Demanderesses entendent par la présente remplir promptement leur obligation de soulever leur objection à ce sujet et réitèrent respectueusement la demande du 10 novembre dernier. »*¹¹⁸

81. Les Demanderesses ont ainsi donné largement l'opportunité à tous les intervenants de traiter les questions loyalement et en toute transparence.

82. Le lundi 21 novembre 2016 le Tribunal arbitral a pris la Décision de ne pas faire droit à la demande adressée à la République du Chili de *full disclosure* au Tribunal arbitral, au Centre et à toutes les parties, des rapports existant entre la République du Chili et des membres des Essex Court Chambers, de même qu'à la demande de faire droit à ce que Messieurs les arbitres membres du Tribunal et également des Essex Court Chambers mènent une enquête raisonnable sur les questions ayant l'apparence d'un conflit d'intérêts posées dans la lettre des Demanderesses du 13 octobre 2016, et en révèlent pleinement le résultat au Tribunal, au Centre et à toutes les parties.

83. La Décision du 21 novembre 2016 constitue une nouvelle coïncidence du Tribunal arbitral avec la République du Chili de ne pas révéler les rapports existant entre celle-ci et des membres des Essex Court Chambers.

84. Le résultat en a été que le 22 novembre 2016, six jours après avoir eu connaissance de la communication du 16 novembre du Tribunal arbitral refusant tacitement de traiter la question préalable du 10 novembre, quatre jours après avoir réitéré la demande du 10 novembre, un jour après la Décision du 21 novembre 2016 du Tribunal arbitral, les Demanderesses formulent la proposition motivée de respectueuse récusation desdits deux arbitres.

¹¹⁶ Pièce n° 3

¹¹⁷ Pièce n° 27, réponse du Chili le 17 novembre 2016 à l'invitation du Tribunal arbitral de la veille

¹¹⁸ Pièce n° 5

CONCLUSIONS

1. Le 20 septembre 2016 a été porté à la connaissance des Demanderesses une déclaration publique des autorités du Chili dévoilant des relations secrètes (*sigilosas*) pendant des mois entre la République du Chili et des membres des Essex Court Chambers.
2. Le Centre, les arbitres MM. Sir Franklin Berman et V.V. Veeder, membres des Essex Court Chambers, et l'État Défendeur ont été informés sans délai de l'apparence d'un conflit d'intérêts avec la République du Chili.
3. Les deux arbitres et l'État Défendeur ayant été invités à révéler entièrement au Centre et aux Demanderesses la nature et la portée de ces relations, le fondement de la Décision du Tribunal du 21 novembre 2016 (les normes régissant les *barristers* de leur *Chamber*) apparaît comme une sorte d'alibi pour protéger l'opacité absolue des deux arbitres et de couverture offerte à la République du Chili afin de ne pas révéler au Centre et aux parties Demanderesses ses rapports avec des membres des Essex Court Chambers.
4. Cette coïncidence dans le refus de *full disclosure* de Messieurs les arbitres et de la partie Défenderesse vient confirmer un conflit d'intérêts apparent, et soulève des doutes raisonnables quant à la neutralité de Messieurs les arbitres à l'égard des investisseurs Demandeurs et en détriment de ceux-ci.
5. Compte tenu de l'expérience, des compétences et de l'expertise de Messieurs les arbitres et des conseils de la République du Chili et de leur connaissance de cette affaire, ainsi que des arguments sans équivoque avancés et réitérés par les Demanderesses concernant le devoir de *full disclosure* des relations entre l'Etat Défendeur et des membres des Essex Court Chambers, cette coïncidence ne peut être considérée comme accidentelle. Comme proposait jadis M. Veeder :

*“there is a lack of transparency in international arbitration. (...) The whole activity takes place in a cloud of privacy without the same public scrutiny directed at state Court. (...) like State litigation, the system must work because it is essentially self-policing - but self-policing by lawyers and arbitrators depends on practitioners having a clear idea of where the line is drawn between good and bad arbitration practices. (...) In the field of international arbitration, like State litigation, there are many fish competing in the same sea. Clear rules and self-policing are an essential part of any solution. (...) the rules need to be practical; and it is useless to maintain any rule at the level of supreme generality ”*¹¹⁹

6. En conséquence, compte tenu de la motivation indiquée dans les §§ 1 à 68 *supra*, du droit de légitime défense des parties Demanderesses et du devoir de préserver l'intégrité de la procédure arbitrale, conformément aux articles 57 et 58 de la Convention et 9 du Règlement d'arbitrage du CIRDI les investisseurs espagnols très

¹¹⁹ Pièce n° 21, Veeder (V.V.), The 2001 Goff Lecture – “The Lawyer’s Duty to Arbitrate in Good Faith” (2002) *Arbitration International* 431, pages 439-440

respectueusement soumettent la présente proposition motivée de récusation de Messieurs les arbitres Sir Franklin Berman QC et V.V. Veeder QC.

Nous vous prions d'agréer, Madame la Secrétaire Générale du CIRDI, l'expression de notre considération distinguée

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

Dr. Juan E. Garcés
Représentant de M. Victor Pey-Casado, Mme. Coral Pey-Grebe
et de la Fondation espagnole Président Allende

PIÈCES ANNEXÉES

Numéro

1. Requête du 27 octobre 2016 en rectification d'erreurs matérielles contenues dans la Sentence arbitrale de 13 septembre 2016
2. Demande des investisseurs adressée le 10 novembre 2016 au Tribunal arbitral
3. Communication du Tribunal arbitral le 16 novembre 2016 ne prenant pas en considération la demande du 10 novembre 2016
4. Communication des parties Demanderesses adressée à l'État Défendeur le 13 octobre 2016
5. Les Demanderesses réitèrent le 18 novembre 2016 au Tribunal arbitral de traiter leur demande du 10 novembre 2016
6. Déclaration du Ministre des Affaires Étrangères du Chili publiée le dimanche 18 septembre 2016
7. Id. id.
8. Lettre du 20 septembre 2016 des investisseurs espagnols à Mme. la Secrétaire Générale du CIRDI
9. Lettre de Mme. la Secrétaire Générale du CIRDI, le 12 octobre 2016, aux investisseurs espagnols
10. Lettre des investisseurs espagnols, le 10 octobre 2016, à M. le Président du Conseil administratif du CIRDI par l'intermédiaire de Mme. la Secrétaire Générale du CIRDI
11. Réponse de Mme. la Secrétaire Générale du CIRDI, le 12 octobre 2016, aux investisseurs espagnols
12. Lettre du 13 octobre 2016 des investisseurs espagnols, par l'intermédiaire du Secrétaire du Tribunal arbitral, à l'attention de la République du Chili
13. Lettre du 13 octobre 2016 des investisseurs espagnols, par l'intermédiaire du Secrétaire du Tribunal arbitral, à l'attention de MM. les arbitres Sir Franklin Berman et M. V.V. Veeder
14. Lettre de Sir Franklin Berman au conseil des investisseurs espagnols le 17 octobre 2016
15. Réponse du conseil des Demanderesses à Sir Franklin Berman, le 18 octobre 2016

16. Lettre de M. V. V. Veeder QC au conseil des investisseurs espagnols le 17 octobre 2016
17. Lettre du 18 octobre 2016 des investisseurs adressée, par l'intermédiaire de Mme. la Secrétaire Générale du Centre, à la République du Chili
18. Réponse de Mme. la Secrétaire Générale du CIRDI aux investisseurs espagnols, le 20 octobre 2016
19. Déclaration du conseil de la République du Chili à Global Arbitration Review (GAR, Londres) publiée le 25 octobre 2016
20. Sentence de la High Court of England and Wales du 2 mars 2016
21. Veeder (V.V.), The 2001 Goff Lecture – “*The Lawyer’s Duty to Arbitrate in Good Faith*” (2002) *Arbitration International* 431, page 439
22. *Bar Council of England and Wales: Information Note Regarding Barristers in International Arbitration*, 6 juillet 2015
23. Lettre de démission du Prof. Philippe Sands QC du 10 janvier 2014
24. Déclaration publique de l'Ordre des avocats du Chili, 24 octobre 2016
25. Lettre du 30 novembre 1998 du Ministre chilien de l'Économie du Chili à Monsieur le Secrétaire Général du CIRDI attaquant le Centre pour avoir enregistré la Requête d'arbitrage des investisseurs espagnols
26. Mourre (Alexis), *Conflicts Disclosures: The IBA Guidelines and Beyond*
27. Réponse du Chili le 17 novembre 2016 à l'invitation du Tribunal arbitral de la veille
28. Décision du 21 novembre 2016 du Tribunal arbitral refusant de faire droit 1) à la demande adressée à la République du Chili de *full disclosure* au Tribunal arbitral, au Centre et à toutes les parties, des rapports entre la République du Chili et des membres des Essex Court Chambers, de même que 2) à la demande de faire droit à ce que Messieurs les arbitres membres du Tribunal et également des Essex Court Chambers mènent une enquête raisonnable sur les questions ayant l'apparence d'un conflit d'intérêts posées dans la lettre des Demanderesses du 13 octobre 2016, et en révèlent pleinement le résultat au Tribunal, au Centre et à toutes les parties