

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

DANS LA PROCÉDURE EN ANNULATION ENTRE

**VICTOR PEY CASADO ET
FONDATION ESPAGNOLE PRÉSIDENT ALLENDE**

contre

LA REPUBLIQUE DU CHILI

Affaire CIRDI N° ARB/98/02 (RESOUMISSION)

**REQUÊTE EN ANNULATION DE LA SENTENCE
ARBITRALE DU 13 SEPTEMBRE 2016**

que les parties Demanderesses soumettent au Comité *ad hoc* conformément à l'article 52 de la Convention du CIRDI.

Présentée par le Dr. Juan E. Garcés, représentant des Demanderesses, avec la coopération du Professeur Robert L. Howse (NYUniv.), Me Carole Malinvaud et Me Alexandra Muñoz (Gide, Loyrette, Nouel, Paris), Me Hernan Garcés Duran (Garcés y Prada, Abogados, Madrid)

Washington, le 10 octobre 2017

TABLE DES MATIERES

I.	INTRODUCTION : le parti pris du second Tribunal sur la nature de sa mission	4
	La motivation biaisée de toute la 2 ^{ème} Sentence de Resoumission, du 13 septembre 2016	7
	Le fondement politico-idéologique sibyllin de la 2 ^{ème} Sentence.....	11
II.	ANTECEDENTS.....	18
II.	1 La 2 ^{ème} Sentence	19
II.	2 La Demande en annulation est recevable.....	20
III.	LES MOTIFS D’ANNULATION	22
III.1	MOTIFS D’ANNULATION TIRÉS DU PROCESSUS DE CONSTITUTION DU TRIBUNAL DE RESOUMISSION. Arts. 52(1), (a), (b), (d) et (e) DE LA CONVENTION	22
1.	SUR LA NOMINATION DE L’ARBITRE M. MOURRE. VICE DANS LA CONSTITUTION DU TRIBUNAL ET INOBSERVATION GRAVE D’UNE RÈGLE FONDAMENTALE DE PROCÉDURE	23
2.	SUR LA DÉCISION DU TRIBUNAL DU 21 NOVEMBRE 2016. VICE DANS LA CONSTITUTION DU TRIBUNAL, INOBSERVATION GRAVE D’UNE RÈGLE FONDAMENTALE DE PROCÉDURE ET DÉFAUT DE MOTIFS.....	36
3.	LES DÉCISIONS DES 21 FÉVRIER ET 13 AVRIL 2017 RELATIVES AUX PROPOSITIONS DE RÉCUSATION DE MM. VEEDER ET BERMAN. VICE DANS LA CONSTITUTION DU TRIBUNAL ET INOBSERVATION GRAVE D’UNE RÈGLE DE PROCÉDURE FONDAMENTALE.....	54
III.2	MOTIF D’ANNULATION POUR EXCÈS DE POUVOIR, DÉFAUT DE MOTIFS ET MANQUEMENT À UNE RÈGLE FONDAMENTALE DE PROCÉDURE DANS LA DECISION DU 15 JUIN 2017 DU TRIBUNAL	78

III.3	MOTIFS D'ANNULATION TIRÉS DU TRAITEMENT PAR LE 2 ^{ÈME} TRIBUNAL DE CERTAINES PARTIES RES IUDICATAE DE LA SENTENCE INITIALE	85
1.	L'interprétation par le 2 ^{ème} Tribunal du terme « compensation » va à l'encontre de la res judicata de la Sentence initiale. Excès de pouvoir manifeste.....	85
2.	L'admission du raisonnement du Chili concernant l'absence de préjudice subi par les Demanderesses va à l'encontre de la res judicata de la Sentence initiale. Excès de pouvoir manifeste / défaut de motifs.....	99
	Le préjudice et le lien de causalité correspondant dans la Sentence initiale.....	106
3.	Le §216 de la 2 ^{ème} Sentence nie de fait l'autorité de la chose jugée du Chapitre VII (responsabilité de l'État pour violation de l'API) de la Sentence initiale	127
III.4	MOTIFS D'ANNULATION TIRÉS DU TRAITEMENT PAR LE 2 ^{ÈME} TRIBUNAL DE LA NON SATISFACTION PAR LES DEMANDERESSES DE LA CHARGE DE LA PREUVE. EXCÈS DE POUVOIR MANIFESTE ET INOBSERVATION GRAVE D'UNE RÈGLE FONDAMENTALE DE PROCÉDURE.....	136
1.	Excès de pouvoir manifeste	136
2.	Inobservation grave d'une règle fondamentale de procédure, partialité	139
III.5	MOTIFS D'ANNULATION TIRÉS DU REFUS PAR LE 2 ^{ÈME} TRIBUNAL D'APPLIQUER LA LOI APPLICABLE. EXCÈS DE POUVOIR	147
1.	Inapplication de la Constitution du Chili dans l'exécution des paras. 2 et 3 du Dispositif de la Sentence initiale	147
2.	L'inapplication de la loi chilienne à la question du statut du Décret n° 165.....	153
3.	Le refus du 2 ^{ème} Tribunal arbitral d'appliquer la loi chilienne à la demande en réparation du dommage moral	156
4.	Le refus du 2 ^{ème} Tribunal d'appliquer la loi applicable à la question de l'enrichissement injuste	158
III.6	MOTIF D'ANNULATION TIRÉ DE L'INOBSERVANCE GRAVE D'UNE RÈGLE FONDAMENTALE DE PROCEDURE, D'EXCÈS DE POUVOIR MANIFESTE ET D'ABSENCE DE MOTIFS DANS LA DÉCISION DU 6 OCTOBRE 2017	160
IV.	DEMANDE DE SUSPENSION DE L'EXÉCUTION DE LA SENTENCE	163
V.	DEMANDE AU COMITÉ AD HOC	164
	PIÈCES ANNEXÉES	166

I. INTRODUCTION : le parti pris du second Tribunal sur la nature de sa mission

Compensation in general use has a broader meaning than 'damages'. Very broadly, it may encompass the payment of a sum of money in order to balance any kind of disadvantage, be it material or immaterial damage, and without any reference to a specific legal obligation behind it¹.

1. Les Demanderesses ont l'honneur de déposer la présente Requête en annulation de la Sentence arbitrale du 13 septembre 2016, rectifiée par Décision du 6 octobre 2017, dans l'affaire opposant M. Victor Pey Casado et la Fondation espagnole Président Allende d'une part (ci-après « **Les Demanderesses** ») à la République du Chili d'autre part (ci-après « **La Défenderesse** », ou « **l'État Défendeur** »).

Le contexte factuel ayant donné lieu au présent litige, de même que le rappel de la procédure antérieure, feront l'objet de développements exhaustifs dans la Section II ci-après. Pour les besoins de cette partie introductive, les Demanderesses souhaitent simplement rappeler de manière succincte les trois décisions déjà rendues dans la présente procédure par deux Tribunaux arbitraux, et un Comité *ad hoc*.

Le 8 mai 2008, une première sentence (ci-après la « **Sentence initiale** »)² a été rendue par un tribunal arbitral composé de MM. Lalive, Gaillard et Chemloul (ci-après le « **Tribunal initial** »). Le dispositif de la Sentence initiale retient notamment que :

« Le Tribunal arbitral, à l'unanimité,

1. décide qu'il est compétent pour connaître du litige entre les demanderesses et la République du Chili ;

2. constate que la défenderesse a violé son obligation de faire bénéficier les demanderesses d'un traitement juste et équitable, en ce compris celle de s'abstenir de tout déni de justice ;

3. constate que les demanderesses ont droit à compensation ;

4. ordonne à la République du Chili de payer aux demanderesses le montant de USD 10.132.690,18, portant intérêt au taux de 5%, composé annuellement, à compter du 11 avril 2002 jusqu'à la date d'envoi de la présente sentence »

Le 13 septembre 2016, un nouveau tribunal arbitral composé de MM. Berman, Veeder et Mourre (ci-après le « **2^{ème} Tribunal** » ou « **Tribunal de Resoumission** »), a rendu une nouvelle sentence (ci-après la « **2^{ème} Sentence** » ou « **Sentence de Resoumission** »), dont le dispositif retient notamment que :

¹ Pièce C1, Marboe (I.), Calculation of Compensation and Damages in International Investment Law, Oxford University Press, 2009, page 12

² Pièce C2, Sentence arbitrale du 8 mai 2008

« Par ces motifs, le Tribunal décide, à l'unanimité :

(...)

- (ii) *Que, comme cela a déjà été indiqué par le Tribunal Initial, sa reconnaissance formelle des droits des Demanderesses et du déni de justice dont elles ont été victimes constitue en soi une forme de satisfaction au regard du droit international au titre de la violation par la Défenderesse de l'article 4 du TBI ;*
- (iii) *Que les Demanderesses, sur lesquelles pesait la charge de la preuve, n'ont pas démontré de préjudice quantifiable qui leur aurait été causé par la violation de l'article 4 constatée par le Tribunal Initial dans sa Sentence ;*
- (iv) *Que le Tribunal ne peut donc pas octroyer aux Demanderesses de compensation financière à ce titre. »*

C'est cette Sentence de Resoumission dont les Demanderesses sollicitent l'annulation dans la présente Requête, en application de l'article 52 de la Convention de Washington du 18 mars 1965 (ci-après « **la Convention** »), pour les motifs qui seront exposés ci-après.

Il importe dès à présent de souligner le caractère limité du différend qui était resoumis au Tribunal de Resoumission : cette phase de la procédure, initiée le 16 juin 2013, devait composer avec les parties non annulées de la Sentence initiale, qui bénéficiaient de l'autorité de la chose jugée, et portait uniquement sur le calcul du montant de la compensation à payer par l'État du Chili aux Demanderesses conformément à la Sentence arbitrale du Tribunal initial du 8 mai 2008.

2. En particulier, les extraits suivants du raisonnement de la Sentence initiale bénéficiaient de l'autorité de la chose jugée :
 - a) l'investissement de M. Víctor Pey Casado en 1972 a consisté dans l'acquisition de la totalité des actions de l'entreprise de presse CPP S.A., il possède la qualité d'un investissement étranger au sens de l'API, et il est sous la protection de celui-ci (§411) ;
 - b) le 25 juin 1998 a été promulguée la loi n°19.568³, relative à la restitution ou indemnisation des biens confisqués et acquis par l'État à travers le décret-loi n° 77 de 1973 (§631) ; le 28 avril 2000 le Ministre des Biens Nationaux a adopté la Décision n°43 selon laquelle les dispositions de cette Loi sont applicables aux biens confisqués aux sociétés CPP S.A. et EPC Ltda. ;

³ Pièce C193, la Loi n° 19.568, du 25 juin 1998, n'a pas créé *ex novo* le droit à restitution ou indemnisation pour les biens confisqués en application du Décret-loi n° 77 de 1973. La Loi de 1998 est d'invocation et d'application facultative, sous la forme d'une procédure alternative aux actions judiciaires auprès des tribunaux de justice fondés dans l'application directe, impérative, de l'article 7 de la Constitution. L'article 6 de cette Loi dispose : «*Pourront se prévaloir de cette procédure ceux qui ont un procès en cours à l'encontre du Fisc, introduit antérieurement à l'entrée en vigueur de la présente loi dans le cadre duquel ils réclament la restitution ou l'indemnisation des biens indiqués au premier alinéa. Dans ce cas, ils devront renoncer préalablement aux actions introduites devant le tribunal respectif et joindre à leur demande une copie autorisée de la décision judiciaire qui met fin au litige.* » Les victimes des saisies du régime *de facto* pouvaient donc formuler une demande auprès d'une cour de justice en restitution ou en indemnisation en application des articles 7, 10, 18 et 19 de la Constitution chilienne. C'est ce qu'avait fait M. Victor Pey dans sa Demande du 4 octobre 1995 auprès du 1^{er} Tribunal civil de Santiago, décidée dans le Jugement du 24 juillet 2008

- c) en 2003 l'État du Chili a reconnu devant le Tribunal arbitral initial l'invalidité des confiscations sous la dictature du général Pinochet et le devoir d'en compenser les victimes:

« Quant à **l'invalidité des confiscations et au devoir d'indemnisation**, il y a lieu de rappeler aussi des déclarations parfaitement claires de la défenderesse dans la présente procédure.⁶¹⁷ V., par exemple, la transcription de l'audience du 6 mai 2003, pp. 262-263 (Me Castillo) : 'La République du Chili ne prétend pas justifier ce qui s'est produit pendant cette période turbulente de notre histoire, bien au contraire. Nous avons réparé sur le plan matériel, nous avons essayé aussi de réparer sur le plan moral, les préjugés [mis pour préjudices] soufferts par des personnes pendant cette période', ainsi qu'à la page 264 : 'Il ne s'agit pas non plus de justifier la légitimité des actes qui ont découlé de la confiscation de bien de CPP S.A. et Clarin Ltée. Bien au contraire, la République du Chili est constante [mis pour consciente] des dommages causés par ces confiscations et c'est pour cela qu'elle a indemnisé ces titulaires légitimes' » (§667)

«⁶¹⁷ V., par exemple, la transcription de l'audience du 6 mai 2003, pp. 262-263 (Me Castillo) : ' La République du Chili ne prétend pas justifier ce qui s'est produit pendant cette période turbulente de notre histoire, bien au contraire. Nous avons réparé sur le plan matériel (...) » ;

« On observera enfin, toujours sur le fond, que **la réalité des violations alléguées - ou, plus précisément, en son principe, l'illégalité des confiscations opérées par l'autorité militaire chilienne sur les biens litigieux, n'est pas contestée par la défenderesse.**⁶²³ Pas plus que cette dernière ne conteste l'obligation d'indemniser les victimes de confiscations contraires au droit. Ce qu'elle conteste en revanche, ainsi qu'on l'a vu, c'est la qualité pour agir des demanderesse, découlant de leur qualité de propriétaire ou d'investisseur » (§677)

⁶²³ V., par exemple, la transcription de l'audience du 6 mai 2003, pp. 262-263 (Me Castillo), cité ci-dessus. V., par exemple, la transcription de l'audience du 6 mai 2003, pp. 262-263 (Me Castillo), cité ci-dessus [nbp 617] »⁴.

- d) Or ladite Décision n°43 a abouti à indemniser des requérants autres que les Demanderesses pour la confiscation des biens de CPP S.A., ce que les Demanderesses contesteront en vain devant les tribunaux internes (§632) :

« Dans le cas d'espèce, en résumé, en accordant des compensations – pour des raisons qui lui sont propres et sont restées inexplicées – à des personnages qui, de l'avis du Tribunal arbitral, n'étaient pas propriétaires des biens confisqués, en même temps qu'elle paralysait ou rejetait les revendications de M. Pey Casado concernant les biens confisqués, la République du Chili a manifestement commis un déni de justice et refusé de traiter les demanderesse de façon juste et équitable » (§674) ;

- e) Le Tribunal initial en a conclu que « la défenderesse a violé son obligation de faire bénéficier les demanderesse d'un traitement juste et équitable, en ce compris celle de s'abstenir de tout déni de justice » (Dispositif, para. 2) et qu'elles avaient en conséquence « droit à compensation » (Dispositif, para. 3), cette compensation étant systématiquement considérée dans la Sentence initiale de nature financière, ainsi qu'il le sera démontré ci-après.

⁴ Le §677, qui réitère littéralement le §667 et la nbp n° 617, est cité à l'effet d'interpréter et comprendre le raisonnement et l'intention du Tribunal arbitral dans la partie *res iudicata* de la Sentence initiale où figurent le §667 et la nbp n° 617

La motivation biaisée de toute la 2^{ème} Sentence de Resoumission, du 13 septembre 2016

3. En dépit d'une mission clairement circonscrite par l'article 55 (3) du Règlement d'arbitrage, le Tribunal de Resoumission a largement dépassé le cadre ainsi défini, en adoptant des positions venant contredire les parties non annulées de la Sentence initiale, ayant autorité de chose jugée, comme l'avait expressément rappelé le Comité *ad hoc* dans sa Décision du 18 décembre 2012.⁵

Ces positions, incompatibles avec la Sentence initiale, paraissent avoir été dictées par une écoute du Tribunal à travers un prisme originel qui n'a pu qu'altérer la neutralité attendue du Tribunal de Resoumission. La totalité de la Sentence de Resoumission est affectée par une inobservation grave d'une règle fondamentale de procédure : cette règle est l'absence de partialité.

Ce prisme est annoncé par le Tribunal dans les premiers paragraphes introductifs de son analyse, qui commence par ces termes :

« En rendant sa décision dans cette affaire, le Tribunal n'est que trop conscient (comme il l'a été tout au long des phases antérieures de cette procédure de nouvel examen) du temps qui s'est écoulé depuis la survenance des événements ayant donné lieu au différend entre les Parties, et certainement de la durée tout à fait inhabituelle de l'ensemble de la procédure arbitrale depuis son introduction il y a dix-neuf ans. [...] Le temps est venu toutefois de mettre définitivement un terme à cette procédure arbitrale ; reipublicae interest ut finit sit litium. » (Soulignement ajouté, (§171)

Il est utile de rappeler ici que, si la présente procédure dure aujourd'hui depuis plus de vingt-deux ans, c'est d'abord en grande partie à raison du comportement de l'État chilien.

En effet, comme les Demanderesses ont déjà eu l'occasion de l'exprimer à de nombreuses reprises, elles « *ne se sont pas trouvées face à une partie adverse s'efforçant de défendre ses intérêts dans le cadre normal d'une procédure d'arbitrage international, mais face à une partie dont les actes avaient pour seul objectif de nier les droits des Demanderesses sur l'investissement.* »⁶

Il suffit, pour s'en convaincre, de rappeler que :

- La République du Chili s'est, dès le début de la procédure en 1997, opposée avec toute la vigueur que peut déployer un État à l'enregistrement de la requête d'arbitrage ;
- La République du Chili a par la suite perturbé le processus de constitution du Tribunal initial en essayant d'imposer subrepticement un tribunal majoritairement composé d'arbitres chiliens ;

⁵ Pièce C20, Décision du Comité *ad hoc* du 18 décembre 2012, §359(1)

⁶ Pièce C8, Mémoire en demande devant le Tribunal de Resoumission du 27 juin 2014, §§ 17 et s ; voir également pièce C206, Mémoire en réponse devant le Comité *ad hoc* du 15 octobre 2010, Section I : « Rappel de l'Histoire de la Procédure d'Arbitrage », accessible dans <http://bit.ly/2xAz11x>

- La République du Chili a pris, au cours de la procédure, des mesures internes (Décision n°43), afin de mettre un terme à la procédure d'arbitrage en reconnaissant la propriété des titres à des tiers ;
- La République du Chili a, suite à la violation par l'arbitre qu'elle avait nommé du secret du délibéré lui ayant permis de connaître le contenu du projet de sentence qui lui était défavorable, obtenu la démission de l'arbitre nommé par elle et a récusé les deux autres arbitres perturbant ainsi longuement les débats ;
- La condamnation de la République du Chili est fondée sur des violations intentionnelles de l'API qui avaient pour but de priver les Demanderesses de leur droit à indemnisation ;
- Les arguments développés par elle au soutien de son recours en annulation, situés dans la droite ligne de son comportement antérieur, ont été qualifiés par les Demanderesses de fraude « *truffa processuale* » devant le Comité *ad hoc*.⁷

4. Le Tribunal de Resoumission, en constatant la durée inhabituelle de la procédure n'en a pourtant pas imputé la cause à la Défenderesse, mais en a au contraire tiré un parti pris dépourvu d'ambiguïté sur ce que sera sa mission en énonçant :

« *Le temps est venu, toutefois, de mettre définitivement un terme à cette procédure arbitrale : reipublicae interest ut finis sit litium* » (§172).

Ces propos introductifs du Tribunal de Resoumission sont d'autant plus étonnants que le Tribunal conclut son analyse en ces termes :

« *Elle [la conclusion dans la Sentence Initiale selon laquelle la Défenderesse avait commis une violation de l'article 4 du TBI] correspond à une obligation qui pèse toujours sur la Défenderesse et une obligation qui, comme l'a conclu le Tribunal Initial, est la conséquence d'une défaillance du fonctionnement du système interne du Chili pour la réparation des injustices passées qui ont été reconnues. Le Tribunal n'a aucun doute que, une fois la présente procédure de nouvel examen terminée, la Défenderesse restera consciente de cette obligation et appréciera les conséquences à en tirer d'une manière adéquate* » (§244).

En posant cet axiome, le Tribunal de Resoumission a changé subrepticement la nature de sa mission : celle-ci n'était plus de trancher le différend qui lui était soumis en tenant compte de la *res iudicata* de la Sentence initiale telle que rappelée dans la Décision du Comité *ad hoc*, mais de mettre un terme à la procédure arbitrale selon « *reipublicae interest* », c'est-à-dire l'intérêt public. Or, le seul intérêt public représenté dans la présente procédure est celui de la République du Chili. L'intérêt public d'aucun autre État n'est directement impliqué. L'usage de la phrase *reipublicae interest ut finis sit litium* dissimule à peine que le Tribunal a vu sa mission comme consistant à mettre un terme définitif aux démarches des Demanderesses réclamant justice, dans ce qui lui est apparu comme l'intérêt du Chili.

⁷ Pièce C207, Mémoire en duplique devant le Comité *ad hoc* du 28 février 2011, §§ 10 et ss, accessible dans <http://bit.ly/2uQj34M>

Ayant adopté la préconception selon laquelle il devait mettre un terme à la procédure, il était dès lors bien plus loisible au Tribunal de Resoumission de ne pas s'opposer aux demandes d'un État coutumier de la mise en œuvre, au cours de la procédure, de manœuvres dilatoires, et qui avait fait savoir à plusieurs reprises lors de l'audience sur la Resoumission, le sort qu'il réserverait à la décision à intervenir si elle devait faire droit aux prétentions des Demanderesses, ou si elle décidait d'adopter une méthode d'évaluation différente de celle proposée par celles-ci : la sentence du Tribunal serait nécessairement et obligatoirement soumise à une demande d'annulation, tout comme le fût la Sentence initiale.

En cela, le dispositif adopté par la Sentence de Resoumission est parlant : il correspond presque point pour point aux vœux formés par la République du Chili lors des audiences, et protège largement ses intérêts⁸.

C'est d'ailleurs ainsi que la République du Chili l'a compris, comme en témoignent les déclarations publiques de ses représentants. Sans même prendre la peine de dissimuler le fait que le Tribunal de Resoumission a accueilli des arguments pourtant rejetés dans la Sentence initiale, puis dans la Décision du Comité *ad hoc*, et qui étaient donc devenus *res iudicatae*, le Comité des Investissements, représentant l'État Défendeur, a déclaré le 14 septembre 2016 :

« la Sentence [notifiée la veille], qui a décidé que le pays ne doit pas indemniser Victor Pey Casado et la Fondation Président Salvador Allende, met fin à 19 années de controverses judiciaires (...) Le Tribunal arbitral a accueilli les arguments que, de manière constante, le Chili a manifestés dans chacune des instances de cette procédure »⁹ [soulignement ajouté].

Un deuxième représentant déclarait, le lendemain, que :

« il y a un paragraphe de la sentence qui, après avoir analysé les demandes et les comportements des parties dans cette longue saga », dit ' (...) le moment est arrivé de mettre fin à cette procédure d'arbitrage de manière définitive' »¹⁰ [soulignement ajouté].

Un troisième représentant déclarait, le lendemain, que :

⁸ Pièce C200, transcription du 16 avril 2015, p. 121, l. 5 et s : « So in the end we think that what is appropriate for this Tribunal to grant is an award with a dispositif that incorporates the binding conclusions of the award on jurisdiction and merits that acknowledges the binding conclusion set forth in paragraph 8 of the first award's dispositif, pursuant to which the first tribunal rejected 'any other or broader conclusion'. We think the dispositive should acknowledge the binding conclusion that was set forth in paragraph 3 of the first award's dispositive, pursuant to which the first tribunal held that Claimant had a right to compensation; that it should conclude that the Claimants failed to carry their burden of proof of proving damages caused specifically by the two violations that were found in the award; that it accordingly should deny all relief to Claimants; and, in addition, that it should order Claimants to bear the full cost of the resubmission proceeding, including Chile's legal fees and expert costs".

⁹ Pièce C36, communiqué public du Comité des Investissements Étrangers du 14 septembre 2016, diffusé par l'Agence de presse EFE

¹⁰ Pièce C34, Déclaration du représentant du Chili, M. Jorge Carey, à *El Mercurio*, le 15 septembre 2016, pièces 1 et 1e annexées à la communication du 5 mai 2017 des Demanderesses au Tribunal arbitral, accessible dans <http://bit.ly/2q0VypP> ; voir également la Pièce C35, la déclaration de Mme. Gehring, conseil du Chili, à la revue GAR, 29 novembre 2016: "(...) the tribunal made clear they wished to see an end to this arbitration (...)", soulignement ajouté, accessible dans <http://bit.ly/2phueRo>

“(…) the tribunal made clear they wished to see an end to this arbitration (…)”.¹¹

5. Outre qu’il procédait à partir d’un parti pris, le Tribunal a également défini, de manière tout aussi déformée, ce qui devait dominer sa façon d’aborder la tâche qui se présentait à lui – “c’est ce que le Tribunal va faire maintenant” – à partir de la notion selon laquelle la procédure atteignait une durée inconvenante et qu’il lui faudrait mettre en œuvre une solution qui éteindrait toute controverse, en mettant un terme aux « *questions hautement politiques* » (§171) et aux « *passions* » (§ 171) qui, selon lui, caractériseraient la réclamation de la part de la Demanderesse pour une justice transitionnelle.

Le Tribunal de Resoumission n’avait pourtant aucune autorité pour faire prévaloir “l’intérêt public” sur la *res iudicata*, plutôt qu’à faire droit, en pleine justice, aux réclamations découlant des actes illégitimes et oppressifs du régime *de facto* antérieur dont atteste la Sentence arbitrale initiale :

§668 : « *Après le rétablissement au Chili d’institutions démocratiques et civiles, les nouvelles autorités ont proclamé publiquement leur intention de **rétablir la légalité et de réparer les dommages causés par le régime militaire**. Comme la défenderesse l’a souligné : ‘ […] les gouvernements démocratiques qui remplacèrent en 1990, au moyen d’élections libres, le Gouvernement de Pinochet, se sont primordialement préoccupés de réparer **les dommages causés par le régime instauré au Chili par le coup d’état du 11 septembre 1973**. En effet, le Gouvernement a pris les mesures pour réparer les dommages causés aux victimes dans tous les secteurs. Concrètement, en relation avec les confiscations, a été approuvée une loi qui dispose la restitution ou indemnisation pour les biens confisqués, loi prise à l’initiative de l’Exécutif’* » [Note de bas de page omise].

§669 : « *Le Tribunal arbitral ne peut que prendre note avec satisfaction de telles déclarations, qui font honneur au Gouvernement chilien. Malheureusement, cette politique ne s’est pas traduite dans les faits, en ce qui concerne les demanderesse* ».

§677 : « *la réalité des violations alléguées - ou, plus précisément, en son principe, l’illégalité des confiscations opérées par l’autorité militaire chilienne sur les biens litigieux, n’est pas contestée par la défenderesse (V., par exemple, la transcription de l’audience du 6 mai 2003, pp. 262-263 (Me Castillo), cité ci-dessus [nbp n° 617]). Pas plus que cette dernière ne conteste l’obligation d’indemniser les victimes de confiscations contraires au droit. »*

§685 : « *Le Tribunal rappellera ...que des autorités chiliennes avaient reconnu que M. Pey Casado était propriétaire des titres confisqués (V., par exemple, le Décret suprême n°1200 du 25 novembre 1977 (annexe 20 à la requête d’arbitrage du 3 novembre 1997), et que la défenderesse n’ignorait pas la revendication par M. Pey Casado d’une compensation, au moment où elle a décidé d’indemniser d’autres que lui - un acte constituant de l’avis du Tribunal une claire violation du droit à un « traitement juste et équitable » prévu par l’API».¹² [Soulignements ajoutés].*

¹¹ Déclaration de Mme. Gehring, conseil du Chili, à la revue GAR, 29 novembre 2016 : “ (…) the tribunal made clear they wished to see an end to this arbitration (…)” , pièce C35, accessible dans <http://bit.ly/2phueRo>

¹²Pièce C2, Sentence arbitrale initiale

6. Qui plus est, la caractérisation par le 2^{ème} Tribunal de ce que commandait l'intérêt public porte à discussion, s'agissant d'une situation de justice transitionnelle marquée par la volonté des pouvoirs publics et de la population de purger l'héritage laissé par le régime dictatorial du Général Pinochet.

Le fondement politico-idéologique sibyllin de la 2^{ème} Sentence

7. Vu la complexité, dans les situations de justice de transition, qui s'attache à la détermination de la nature de ce qui "*rei publicae interest est*" à la suite du passage du temps, l'affirmation pure et simple par le Tribunal de Resoumission qu'il a agi conformément à ce qui « *rei publicae interest est* » en concevant son rôle comme devant « *mettre définitivement un terme* » à la procédure des Demanderesses à l'encontre du Chili, constitue **un défaut total de motifs**. De fait, ce défaut de motifs du Tribunal de Resoumission a été fondé sur une position biaisée, non sur un motif et entache la totalité de la Sentence (ci-après « **la 2^{ème} Sentence** »).

En effet, on remarquera le fondement politico-idéologique sibyllin de la 2^{ème} Sentence dans son §171, et la prétention incongrue de justifier celui-ci en se référant aux §§ 690-691 de la Sentence initiale, dont le contenu et le sens – se rapportant exclusivement aux démarches alors en cours devant le Tribunal arbitral initial- sont sans rapport avec ce que leur attribue le Tribunal de Resoumission :

Sentence de Resoumission de 2016

Sentence initiale de 2008

171. Le Tribunal a également conscience (...) de la manière dont <u>les faits qui sous-tendent l'affaire</u> ont entremêlé des <u>questions hautement politiques</u> avec le <u>destin personnel d'individus</u>, et <u>des relations commerciales et économiques avec des liens personnels et des relations familiales</u>³⁵⁴ 354. Comme le note le Tribunal Initial aux paragraphes 690-691 de sa Sentence. [Soulignement ajouté]	690. <i>Le Tribunal arbitral ne sous-estime pas les difficultés pratiques pouvant confronter les demanderesses, le cas échéant, dans <u>la recherche et l'obtention des preuves</u>, dont la charge leur incombe, des <u>dommages</u> allégués et de leur <u>montant</u>. Il ne saurait pour autant prendre l'initiative de recourir à une ou plusieurs expertises au motif que ces dernières seraient susceptibles d'apporter ou de faciliter les preuves nécessaires, que les demanderesses n'ont pu fournir jusqu'ici.</i> 691. <i>Il est clair aussi, quoi qu'il en soit, que tout recours à une expertise, l'expérience arbitrale le montre, est en soi généralement de nature à augmenter, parfois fortement, la durée et les coûts d'un arbitrage. En tout état de cause, le Tribunal arbitral est conscient de son devoir de mettre un terme, dès que l'état du dossier le permet, à une procédure d'une durée qui, dépassant la moyenne, a été allongée, ainsi qu'on l'a vu, pour des raisons diverses, dont la complexité inhabituelle des <u>questions litigieuses et l'attitude même des parties</u>.</i> [Soulignement ajouté]
---	--

En n'identifiant pas « *les faits qui sous-tendent l'affaire* », ni les « *questions hautement politiques* », ni « *le destin personnel* », ni les « *individus* » concernés, ni les « *relations commerciales et économiques* », ni « *les liens personnels* », ni les « *relations familiales* » présumées présentes dans la conscience des arbitres, il n'est pas possible a) de suivre leur raisonnement dans la Sentence, ni b) le rapport individuel ou global des mystérieux « *faits* », « *questions* » « *destins personnels* », « *individus* », « *relations* », « *liens* » avec la seule mission confiée au Tribunal arbitral de Resoumission de déterminer le montant de l'indemnisation due aux investisseurs à laquelle la 1^{ère} Sentence a condamné l'État du Chili.

8. Dans le cadre du CIRDI, le sens de la finalité est déterminé par la Convention de Washington et les Règles d'Arbitrage, qui spécifient et définissent un certain nombre de situations dans lesquelles une sentence peut faire l'objet de procédures ultérieures en vue d'une annulation ou d'autres formes de mises en question, telles que l'interprétation ou la rectification (articles 49(2), 50, 51 et 52). Comme l'a estimé le Tribunal dans *Perencho Ecuador v. Ecuador*, il n'entre pas dans les "*pouvoirs inhérents*" d'un tribunal de décider si une sentence donnée exclut toute procédure ultérieure ; cela doit plutôt ressortir de la "*clear structure of the Convention and the Arbitration Rules*" » (§80).¹³

En s'arrogeant le rôle de censeurs *a priori* proclamant que « *le temps est venu... de mettre définitivement un terme à cette procédure arbitrale* », **le Tribunal de Resoumission a manifestement commis un excès de pouvoir, en plus de s'être écarté d'une règle fondamentale de procédure**, à savoir l'absence de biais.

9. La compétence du Tribunal de Resoumission portait sur ce qu'il lui incombait de trancher le litige qui lui était soumis, en appliquant la législation applicable. Quant au litige dont il s'agissait, il avait trait au principe qui devait gouverner la détermination d'une compensation pécuniaire, compte tenu que la partie non annulée de la Sentence initiale, *res iudicata*, donnait aux Demanderesses droit à compensation financière, alors que la partie fixant les modalités de la compensation avait été annulée pour contradiction interne.
10. Des auteurs éminents en matière de justice transitionnelle, tels que l'auteur Argentin-Américain Professeur Ruti G. Teitel, ont fortement mis en question l'hypothèse selon laquelle il est de l'intérêt public de considérer le passage du temps comme une raison de porter atteinte à l'exigence de justice dans le cas où cela pourrait requérir la poursuite de procédures :

« *plus d'un demi-siècle après les atrocités de la Deuxième Guerre Mondiale les survivants ont continué à bénéficier de réparations. Des efforts de réparation dans l'ancien bloc soviétique ont également eu lieu après le passage de longues périodes de temps. Venant après*

¹³ Pièce C39, Perenco Ecuador Ltd. v. The Republic of Ecuador and Empresa Estatal Petróleos del Ecuador (Petroecuador), ICSID Case No. ARB/08/6, Decision on Ecuador's Reconsideration Motion, 10 April 2015 ("Perenco Ecuador Decision"), para 80, accessible dans <http://bit.ly/2pZU2RW>

*des guerres ou des occupations, les réparations de transition sont souvent longtemps différées ; néanmoins ces pratiques réparatoires ne paraissent pas diminuer avec le temps*¹⁴.

11. Dans le cas de graves atteintes aux droits de l'homme durant le période des dictatures en Amérique Latine, la Cour Interaméricaine des Droits de l'Homme, dont la doctrine est obligatoire pour le Chili, n'a pas hésité à admettre des demandes en responsabilité et en réparation, y compris en réparation pécuniaire, en rapport avec des violations des droits remontant à des décades. Dans le cas *Radillo-Pachecho v. Mexico*¹⁵, par exemple, la Cour Interaméricaine a statué en **2009** que la disparition d'un activiste de la guérilla en **1974** devrait faire l'objet d'une enquête minutieuse et, compte tenu des preuves, poursuivie au pénal et punie. Dans ce cas et bien d'autres en rapport avec la justice de transition la Cour Interaméricaine a incontestablement jugé que l'intérêt de la « *res publica* » ne résidait pas dans "*finis sit litium*."¹⁶

De ce parti pris initial, par le 2^{ème} Tribunal, sur la nature de sa mission, résulte en définitive une sentence empreinte d'excès de pouvoir manifeste (Article 52(1)(b) de la Convention), de défaut de motifs (Article 52(1)(e) de la Convention), ou encore d'inobservation grave de règles de procédures fondamentales (Article 52(1)(d) de la Convention), outre qu'elle a été rendue par un tribunal dont la constitution même est viciée (Article 52(1)(a) de la Convention).

Ces motifs d'annulation seront développés dans la **Section III**, après un bref rappel des faits et de la procédure dans la **Section II**.

12. La Sentence arbitrale du 13 septembre 2016 prononcée par un deuxième Tribunal arbitral ayant pour seule mission de déterminer le montant de l'indemnisation pécuniaire a entièrement, radicalement, altéré le sens littéral, le contexte, l'intention et la finalité systématiques des paras. 1, 2 et 3 du Dispositif et de tous les paragraphes de la Sentence initiale ayant l'autorité de la chose jugée (les §§29,77-79, 448, 450, 454, 455, 462, 490, 496, 508, 594-596-598, 613, 614, 616, 621, 629-632, 635, 639, 641, 648, 647, 661, 662, 667, 668, 674, 728 et les notes en bas de page 191, 589, 599, 617).

Outrepassant son mandat et enfreignant la Règle d'arbitrage n° 55(3), le Tribunal n'en a pas moins décidé (i) d'ouvrir un débat de son propre chef sur la question du sens du terme « compensation, (ii) de donner à ce terme un sens autre que celui, *res judicata*, utilisé au para. 3 du Dispositif de la Sentence initiale et des motifs s'y rattachant, en lui substituant dans son propre Dispositif le terme de « satisfaction », au seul et grave préjudice des Demanderesses :

2^{ème} Sentence (version du 13 septembre 2016)

« **Dispositif.** (...) 2, que, comme cela a déjà été indiqué par le Tribunal Initial [sic], sa reconnaissance formelle des droits des Demanderesses et du déni de justice dont elles ont été

¹⁴ Pièce C195, Teitel (Ruti G.): *Transitional Justice*, Oxford, Oxford Univ. Press, 2000, p. 138

¹⁵ Pièce C37, accessible dans <http://bit.ly/2pZR8g7>

¹⁶ Pièce C38, Teitel (R.G.), "Transitional Justice and Judicial Activism: The Right to Accountability", Cornell Journal of International Law, 2015, accessible dans <http://bit.ly/2q9RGPL>

victimes constitue en soi une forme de satisfaction au regard du droit international au titre de la violation par la Défenderesse de l'article 4 du TBI »¹⁷.

2^{ème} Sentence (version corrigée du 6 octobre 2016)

« **Dispositif.** (...) 2, que la reconnaissance formelle par le Tribunal Arbitral des droits des Demanderesses et du déni de justice dont elles ont été victimes constitue en soi une forme de satisfaction au regard du droit international au titre de la violation par la Défenderesse de l'article 4 du TBI »¹⁸,

dont le fondement, à savoir que

« le Tribunal Initial était parvenu à une conclusion similaire dans sa propre Sentence, et [il] l'avait fait sur le fondement de conclusions antérieures dans la Sentence Initiale, que la Décision sur l'annulation avait déclarées expressément avoir autorité de chose jugée »¹⁹,

est absolument sans fondement et contraire à la *res iudicata*. Comme on le démontrera dans les §§18 et 189-206 *infra*, « le fondement de conclusions antérieures dans la Sentence Initiale que la Décision sur l'annulation avait déclarées expressément avoir autorité de chose jugée », c'est-à-dire la conclusion du paragraphe n° 674 de la Sentence initiale en rapport avec tous les paragraphes antérieures à celui-ci -déclarées *res iudicatae* par le Comité *ad hoc*- est que la compensation à laquelle ont droit les Demanderesses au titre de la violation de l'article 4 du TBI est de nature pécuniaire.

13. La signification de ce paragraphe 2 du Dispositif de la 2^{ème} Sentence relatif à la satisfaction a ainsi été préjugée par le 2^{ème} Tribunal, qui n'a pas permis aux parties de soumettre leurs positions à ce sujet avant le prononcé de la Sentence du 13 septembre 2016, en enfreignant de la sorte la *res iudicata* et sans appliquer la loi applicable.

14. En effet, comme il est attesté au long de l'entier dossier arbitral -depuis la requête et la procédure initiales (1997-2008), lors des procédures en révision partielle (2008-2009, initiée par les Demanderesses), ou en annulation de la totalité de la Sentence initiale (2009-2012, initiée par le Chili), et lors de la procédure de Resoumission du différend (2013-2016) - la possibilité d'une compensation de nature non pécuniaire n'a jamais été soulevée par les

¹⁷ [387. Pièce R-27, Sentence Initiale, 8 mai 2008, para. 704 « ... le Tribunal arbitral estime que le prononcé de la présente sentence, notamment par sa reconnaissance des droits des demanderesses et du déni de justice dont elles furent victimes, constitue en soi une satisfaction morale substantielle et suffisante. »] On remarquera que la 2^{ème} Sentence a tronqué cette citation du §704 de la Sentence initiale et en a dénaturé le sens : « **704. Une explication complémentaire se justifie en ce qui concerne la demande relative au dommage moral.** Outre le fait que les demanderesses n'ont pas apporté de preuves permettant l'évaluation d'un tel préjudice le Tribunal arbitral estime que le prononcé de la présente sentence, notamment par sa reconnaissance des droits des demanderesses et du déni de justice dont elles furent victimes, constitue en soi une satisfaction morale substantielle et suffisante » [soulignement ajouté]

¹⁸ Pièce 201, Décision du 2^{ème} Tribunal arbitral du 6 octobre 2017, rectification d'erreurs matérielles dans la 2^{ème} Sentence arbitrale du 13 septembre 2016, §55

¹⁹ *Ibid.*

parties²⁰, ni posée par l'un ou l'autre Tribunal arbitral, ni par le Comité *ad hoc*, au cours de la procédure.

15. Il est vrai qu'à la veille de la fin des audiences, le 15 avril 2015, le 2^{ème} Tribunal a **introduit** «l'hypothèse» d'interpréter la compensation accordée dans le para. 3 du Dispositif de la Sentence initiale comme pouvant être sous une forme plus générale:

the Tribunal would be interested to hear the views of the parties as to whether point 3 has some sort of independent meaning, separate from that of point 4. And in the light of the answer to that question, should the Tribunal understand the term "compensation", as it exists in point 3, as referring only to monetary compensation, to financial compensation, or as referring more generally to the forms of reparation recognised in international law in the case of international wrongs? (...)

*In other words, should we understand that as referring to financial compensation only, or as having more general scope? And if it is a more general reference, then what are the other forms of recognised reparation that might be appropriate to the particular breaches found by the tribunal and upheld by the annulment decision in this case? (...).*²¹

16. Cependant le Tribunal n'a pas dévoilé la portée de cette *hypothèse*, pas plus qu'il n'a prononcé le mot « *satisfaction* », ni offert aux parties l'opportunité de soumettre des opinions à ce sujet de manière efficace, disposant du temps suffisant, ni avant ni lors des audiences, ni après celles-ci, ni pendant l'année qu'il a mise à clore l'instance. Tout au contraire, sans en dévoiler la cause ni le but, il a invité les parties à improviser pendant la nuit du 15 au 16 avril 2015 une réponse le lendemain de quelques minutes. Le Tribunal, manquant à une règle fondamentale de procédure, au *due process*, s'ouvrait ainsi une voie occultée vers le remplacement du droit à une compensation de nature pécuniaire -accordée dans les paras. nos. 2 et 3 du Dispositif de la Sentence initiale et leurs fondements - par « *la satisfaction* » du para. n° 2 du Dispositif de la 2^{ème} Sentence et son fondement dans les §§ 199-201 de cette dernière (voir les §§197-202 ci-après).

17. Or toutes les parties ont rejeté le lendemain 16 avril 2017 l'*hypothèse* soulevée la veille par le 2^{ème} Tribunal :

²⁰ Counter-Memorial du Chili (pp. 130, 131, 221-227; 250 (« 250. As stated above, the un-annulled part of the dispositif states only that "les demanderesses ont droit à **compensation**" — not restitution or satisfaction. The Award's reference to 'compensation' in the dispositif cannot be construed as encompassing 'payments' generally — including, for example, payments for "satisfaction," as the Award specifically used the term "satisfaction" when alluding to moral damages (or other non-compensatory reparation). It is therefore clear that the Original Tribunal understood the distinction between the terms 'satisfaction' and 'compensation'); 330-337. Dans le Rejoinder on Resubmission (pp. 65, 66 « In its section on Damages, the Award uses the terms 'indemnisation' and 'réparation' to refer generally to financial payments owed for harm suffered. In contrast, the Award uses the term 'compensation' only once in this section prior to concluding in its Final Disposition that Claimants have a 'right to compensation.' The use of other terms to refer generally to payments owed for harm suffered, as well as the specific definition of 'compensation' in the Articles on State Responsibility, suggest that the Original Tribunal's intention was indeed for Claimants' right to compensation to be limited to damages that are financially quantifiable. ». Citations omises.

²¹ Pièce C5, Audience du 15 juin 2015, transcription en anglais de l'intervention du Président du Tribunal, pages 163-164, 16:52 heures

Les Demanderesses (Me Malinvaud):

« la langue maternelle des trois arbitres était la langue française 3 et que, pour nous donc la version française de la Sentence a vraisemblablement été 4 écrite en premier puis traduite en espagnol dans un deuxième temps. Au sens français de droit à compensation, nous considérons que cette notion se réfère exclusivement à une notion financière, un dommage quantifiable financièrement -une compensation, c'est un dommage quantifiable financièrement-, et non pas à d'autres réparations comme, par exemple, la notion de satisfaction en droit international public.

C'est également d'ailleurs la position adoptée par le Chili dans son contre-mémoire du 27 octobre 2014. Je vous renvoie pour ce faire au paragraphe 226 du contre-mémoire du Chili du 27 octobre 2014 dans cette procédure. » [Pièce C43, page 185]

La Défenderesse (Me Gehring) :

Now, you have asked the parties whether point 3 has an independent meaning separate from point 4, and we are in agreement with Claimants' counsel on this point, which we heard earlier today. We believe the answer also is: yes. Much as Claimants' counsel expressed this morning, we agree that in point 3 the first tribunal named the specific form of reparation to which Claimants were entitled, namely compensation; and then in point 4 it identified the quantum of damages to be paid to Claimants in order to effectuate that compensation.

To answer the second part of the question posed by the Tribunal, namely whether you should understand the term 'compensation' as referring only to financial compensation or as referring to more generally the forms of reparation recognized under international law, again we agree with Claimant's counsel. Chile's position is that you should understand this term according to its specific legal meaning under international law. In other words, Claimants are entitled to the form of reparation comprised by damages that are financially assessable.²² [Soulignement ajouté].

18. Compte tenu de **l'unanimité** qui figure dans les paras. 1 à 3 du Dispositif et le corps de la Sentence initiale et des manifestations et des thèses concordantes des parties, le 2^{ème} Tribunal, sans relation avec tous les éléments sur lesquels le débat avait porté devant lui et discutée par les parties, **enfreignant son mandat et l'autorité de la chose jugée, abusant de son pouvoir extra petita et infra petita**, a construit par surprise un raisonnement juridique contraire à celui de la Sentence initiale et, au grave détriment des parties Demanderesses, a étendu la portée du §704 de celle-ci -dont l'objet est circonscrit à la seule demande de dommages moraux- à l'ensemble des demandes des Demanderesses et du contentieux, dans le §201 et dans le Dispositif de la 2^{ème} Sentence (para. 2), :

« §201. Le Tribunal (...) ne souscrit pas entièrement à l'interprétation selon laquelle le Tribunal Initial a utilisé le terme 'compensation' au paragraphe 3 en tant que terme technique, spécifique et limitatif, avec l'intention de le distinguer des termes 'indemnisation' ou 'réparation', plus généraux. Le Tribunal ne voit dans la Sentence Initiale aucun signe que le Tribunal Initial entendait faire un usage systématique sur le plan conceptuel de ces divers termes qui justifierait de traiter le paragraphe 3 comme une décision délibérée que des dommages-intérêts doivent nécessairement être octroyés (...). Remplaçant le paragraphe 3

²² Pièce C6, Audience du 16 juin 2015, transcription en anglais de l'intervention de la Défenderesse, pages 94-95, 16:35 heures

dans son contexte, le Tribunal l'interprète comme établissant le droit à une réparation qui résulte nécessairement de la constatation de la violation d'une obligation internationale, mais sans déterminer d'avance la forme ou la nature que cette réparation doit prendre »,

alors que, comme on l'a vu, dans la Sentence initiale l'intention, la finalité et tout le contexte de ce §690, lui-même et de quelque côté qu'on l'envisage, est fait référence à une compensation explicitement et exclusivement de caractère pécuniaire :

« 690. Le Tribunal arbitral ne sous-estime pas les difficultés pratiques pouvant confronter les demanderesses, le cas échéant, dans la recherche et l'obtention des preuves, dont la charge leur incombe, des dommages allégués et de leur montant. Il ne saurait pour autant prendre l'initiative de recourir à une ou plusieurs expertises au motif que ces dernières seraient susceptibles d'apporter ou de faciliter les preuves nécessaires, que les demanderesses n'ont pu fournir jusqu'ici »,

§692. En l'absence de preuves convaincantes apportées par les demanderesses et le recours à une ou plusieurs expertises devant être exclu, le Tribunal arbitral est cependant en mesure de procéder à une évaluation du dommage à l'aide d'éléments objectifs dès lors que, selon les données incontestées résultant du dossier, les autorités chiliennes elles-mêmes, à la suite de la Décision n° 43, ont fixé le montant de la réparation due aux personnes ayant, selon elles, droit à une indemnisation. » [Soulignements ajoutés]

19. Dans les développements qui suivent on démontrera également **le défaut de motifs de la 2^{ème} Sentence (et du §55 de la Décision du 6 octobre 2017), prononcée par un Tribunal dont la constitution elle-même est viciée et dont la démarche n'est ni impartiale ni neutre, et qui a commis des excès de pouvoir manifestes et des inobservations graves de règles fondamentales de procédure.**
20. Dans *Klöckner v. Cameroon* (alors que la *res iudicata* n'était même pas présente dans la sentence arbitrale attaquée en annulation) le Comité *ad hoc* avait déjà considéré le motif d'annulation consistant à modifier les termes du débat entre les parties :

« whether, by formulating its own theory and argument, the Tribunal goes beyond the 'legal framework' established by the Claimant and the Respondent. This would for example be the case if an arbitral tribunal rendered its decision on the basis of tort while the pleas of the parties were based on contract. »²³

Dans le cas présent, la Sentence arbitrale initiale et les plaidoyers des parties étaient fondés sur une compensation explicitement et exclusivement à caractère pécuniaire mais la Sentence de Resoumission (et le §55 de la Décision du 6 octobre 2017) est fondée sur une compensation non-pécuniaire.

²³ Pièce C7, *Klockner v. Cameroon*, Decision on Annulment, May 3, 1985, 2 ICSID Rep. 95, para. 91, Pièce CL200

II. ANTECEDENTS

21. La Sentence initiale a été rendue le 8 mai 2008 par un tribunal arbitral composé de MM. le Professeur Pierre Lalive, le Professeur Emmanuel Gaillard et Mohammed Chemloul (ci-après le « **Tribunal Initial** »). Le Dispositif de la Sentence Initiale est le suivant :

« Le Tribunal arbitral, à l'unanimité,

1. décide qu'il est compétent pour connaître du litige entre les demanderesse et la République du Chili ;

2. constate que la défenderesse a violé son obligation de faire bénéficier les demanderesse d'un traitement juste et équitable, en ce compris celle de s'abstenir de tout déni de justice ;

3. constate que les demanderesse ont droit à compensation ;

4. ordonne à la République du Chili de payer aux demanderesse le montant de USD 10.132.690,18, portant intérêt au taux de 5%, composé annuellement, à compter du 11 avril 2002 jusqu'à la date d'envoi de la présente sentence ;

5. met à la charge de la défenderesse une contribution aux frais et dépens exposés par les demanderesse, d'un montant de USD 2.000.000,- (deux millions) ;

6. décide que les frais de procédure seront supportés par les parties dans la proportion de : 3/4 du montant total (soit USD 3.136.893,34) pour la défenderesse et 1/4 du montant total (soit 1.045.631,11) pour les demanderesse ; ordonne en conséquence à la défenderesse de payer aux demanderesse la somme de USD 1.045.579,35 ;

7. ordonne à la République du Chili de procéder au paiement dans un délai de 90 jours à compter de la date d'envoi de la présente sentence, des sommes figurant dans le présent dispositif (points 4, 5 et 6), faute de quoi le montant portera intérêts composés annuellement au taux de 5%, à compter de la date d'envoi de la présente sentence jusqu'à celle du parfait paiement ;

8. rejette toutes autres ou plus amples conclusions. »

22. A la demande de toutes les parties (bien que seules les raisons de la Défenderesse aient été retenues), le para. 4 du Dispositif a, par la suite, été partiellement annulé ex article 52(1)(d) de la Convention par une décision d'un comité *ad hoc* (ci-après « **le Comité ad hoc** ») composé de MM. Yves Fortier, Piero Bernardini et A. El-Kosheri le 18 décembre 2012 (ci-après la « **Décision du Comité ad hoc** »). Le Dispositif de la Décision du Comité *ad hoc* est le suivant :

« Par ces motifs, le Comité rend les décisions suivantes :

1. décide d'annuler le paragraphe 4 du dispositif de la Sentence du 8 mai 2008 et les paragraphes correspondants dans le corps de la Sentence relatifs aux dommages-intérêts (Section VIII) conformément à l'article 52(1)(d) et (e) ;

2. rejette les autres fondements de la Demande en annulation de la République ;

3. rejette la demande des Demanderesse tendant à l'annulation partielle du paragraphe 8 du dispositif de la Sentence ;

4. estime que les paragraphes 1 à 3 et 5 à 8 du dispositif ainsi que le corps de la Sentence, à l'exception de la Section VIII, ont autorité de chose jugée ;

5. décide qu'il n'est pas nécessaire d'ordonner la suspension provisoire de l'exécution de la partie non annulée de la Sentence ;

6. décide que chaque partie supportera la moitié des frais CIRDI exposés dans le cadre de cette procédure en annulation ; et

7. décide que chaque partie supportera ses propres frais et dépens exposés dans le cadre de cette procédure en annulation. [Soulignement ajouté]

23. Le 13 septembre 2016, un second tribunal arbitral composé sur le fondement de l'article 52(6) de la Convention et composé de MM. Franklin Berman, V.V. Veeder et Alexis Mourre (ci-après le « **Tribunal arbitral** » ou le « **Second Tribunal** »), a rendu la « 2^{ème} Sentence ».

II.1 La 2^{ème} Sentence

24. Le 2^{ème} Tribunal, dans le cadre de cette nouvelle procédure, était amené à statuer, conformément à l'article 55(3) du Règlement d'arbitrage du CIRDI (ci-après « **le Règlement d'arbitrage** »), qui dispose que « *si la sentence initiale n'a été annulée qu'en partie, le nouveau Tribunal ne procède pas à un nouvel examen de toute partie non annulée de la sentence* ».

25. L'autorité de la chose jugée du Dispositif de la Sentence Initiale et de ses parties non annulées avait été établie par la Décision du Comité *ad hoc*. La portée de cette autorité de la chose jugée a été rappelée par les Demanderesses dès leur Mémoire en demande du 27 juin 2104²⁴, le 2^{ème} Tribunal arbitral a pris acte de l'étendue de sa mission²⁵ mais dans la pratique l'a, à plusieurs reprises, abusivement restreinte sur certains aspects et outrepassée sur d'autres, comme on verra ci-après.

26. Le dispositif de la 2^{ème} Sentence est le suivant²⁶ :

Par ces motifs, le Tribunal décide, à l'unanimité :

- (i) *Que Mme Coral Pey Grebe ne peut pas être considérée comme une demanderesse en son nom propre dans la présente procédure de nouvel examen ;*
- (ii) [Version du 13-09-2016 :] *Que, comme cela a déjà été indiqué par le Tribunal Initial, sa reconnaissance formelle des droits des Demanderesses et du déni de justice dont elles ont été victimes constitue en soi une forme de satisfaction au regard du droit international au titre de la violation par la Défenderesse de l'article 4 du TBI ;* [Version rectifiée du 13-09-2016 :] « *que la reconnaissance formelle par le Tribunal Arbitral [initial] des droits des Demanderesses et du déni de justice dont elles ont été victimes constitue en soi une forme de satisfaction au regard du droit international au titre de la violation par la Défenderesse de l'article 4 du TBI* » ;

²⁴ Pièce C8, Mémoire en demande du 27 juin 2014, Section 2, pp. 13 et s.

²⁵ Pièce C9f, Sentence du 13 septembre 2016, § 171 et s.

²⁶ *Ibid.*, § 256

- (iii) *Que les Demanderesses, sur lesquelles pesait la charge de la preuve, n'ont pas démontré de préjudice quantifiable qui leur aurait été causé par la violation de l'article 4 constatée par le Tribunal Initial dans sa Sentence ;*
- (iv) *Que le Tribunal ne peut donc pas octroyer aux Demanderesses de compensation financière à ce titre ;*
- (v) *Que la demande subsidiaire des Demanderesses sur la base de l'enrichissement sans cause est sans fondement juridique ;*
- (vi) *Qu'il n'existe dans les circonstances de l'espèce aucun motif justifiant d'octroyer des dommages-intérêts au titre d'un préjudice moral, ni à M. Pey Casado, ni à la Fondation ;*
- (vii) *Que les frais d'arbitrage de la présente procédure de nouvel examen seront partagés dans la proportion de trois quarts à la charge des Demanderesses et d'un quart à la charge de la Défenderesse, dont il résulte que les Demanderesses devront rembourser à la Défenderesse la somme de 159,509.43 USD.*
- (viii) *Que toutes les autres demandes sont rejetées.*

27. À la suite de la Seconde Sentence, une demande en interprétation de la Sentence Initiale avait été déposée en application de l'article 50 de la Convention, de même qu'une demande en rectification d'erreurs matérielles de la Seconde Sentence en application de l'article 49(2).

28. Cependant les Demanderesses ont été amenées à solliciter le 21 avril 2017, à leur grand regret, leur désistement de ces deux procédures à la suite de la prise de connaissance à partir du 20 septembre 2016 de graves conflits apparents objectifs d'intérêt et de faits concernant l'intégrité de la procédure.²⁷

29. Le 1^{er} mai 2017, la Défenderesse s'est opposée au désistement dans la procédure en rectification de la 2^{ème} Sentence de Resoumission.²⁸

II.2 La Demande en annulation est recevable

30. Conformément aux articles 52(2) et 49(2) de la Convention, la Demande en annulation est formée dans les 120 jours du prononcé de la Sentence, le délai prévu ne courant qu'à compter de la date de la décision relative à la rectification d'erreurs matérielles contenues dans la Sentence arbitrale.²⁹

²⁷ Voir les communications des Demanderesses au CIRDI du 21 avril 2017, pièces C10 et C11, et la pièce C12

²⁸ Pièce C201, §§21-23

²⁹ Article 49(2) : « Sur requête d'une des parties, à présenter dans les 45 jours de la sentence, le Tribunal peut, après notification à l'autre partie, statuer sur toute question sur laquelle il aurait omis de se prononcer dans la sentence et corriger toute erreur matérielle contenue dans la sentence. Sa décision fait partie intégrante de la sentence et est notifiée aux parties dans les mêmes formes que celle-ci. Les délais prévus à l'article 51, alinéa (2) et à l'article 52, alinéa (2) courent à partir de la date de la décision correspondante » (soulignement ajouté)

31. En l'espèce la procédure en rectification d'erreurs matérielles a pris fin par une décision rendue le 6 octobre 2017³⁰, et c'est à compter de ce jour que court le délai précité.
32. La Demande mentionne les motifs sur lesquels elle se fonde, sans préjudice de possibles développements d'autres arguments à un stade ultérieur de la procédure, conformément à l'article 52(1) et 52(2) de la Convention.
33. En effet, conformément aux articles 50 et 52(1) du Règlement d'arbitrage, la Demande réunit les conditions de recevabilité exigées : elle est adressée par écrit au Secrétaire Général et précise la Sentence visée ; indique la date de la requête ; mentionne de façon détaillée les motifs sur lesquels elle se fonde, à savoir, vice dans la constitution du Tribunal, excès de pouvoir manifeste du Tribunal, inobservation grave d'une règle fondamentale de procédure, défaut de motifs. Elle est également accompagnée du paiement du droit de dépôt de la Demande.
34. L'article 52 de la Convention n'exclut pas que plusieurs motifs d'annulation puissent s'appliquer au même moyen soulevé par la partie requérante.
35. La Convention CIRDI est muette sur le degré de détail requis dans la rédaction d'une demande en annulation :

« il n'est pas nécessaire qu'une demande en annulation énumère de façon détaillée tous les arguments au soutien de la demande. Il reste donc possible de développer d'autres arguments par la suite (à la différence des motifs d'annulation). »³¹

36. L'article 52(3) de la Convention précise que « *Le Comité est habilité à annuler la sentence en tout ou en partie pour l'un des motifs énumérés à l'alinéa (1) du présent article* », ce défaut devant être suffisamment grave.³²
37. Les exigences de l'article 48 de la Convention s'étendent par référence à la resoumission du différend devant le 2^{ème} Tribunal arbitral constituée dans le cadre de l'article 52(6) de la Convention, de même que de l'article 55, paras. (3) et (4), du Règlement.

³⁰ Pièce C201

³¹ Pièce C13, affaire *Togo Electricité c. Togo*, Affaire CIRDI N° ARB/06/07 (Prof. Albert Jan van den Berg, Franklin Berman, QC, Prof. Rolf Knieper.), Décision en annulation, 6 septembre 2011, §§88, 89, accessible dans <http://bit.ly/2u1Dfyy>

³² Pièce C14, *Tulip Real Estate and development Netherlands B.V. v Republic of Turkey*, ICSID Case No. ARB/11/28, Decision on Annulment, 30 December 2015, §47: "*it follows that, even in the presence of one of the grounds listed in Article 52(1) of the ICSID Convention, annulment does not follow automatically. An ad hoc Committee must decide whether the fault is grave enough to warrant annulment, especially whether it has made a material impact on one of the parties*" [soulignement ajouté], accessible dans <http://bit.ly/2hKmoQd>

III. LES MOTIFS D'ANNULATION

III.1 MOTIFS D'ANNULATION TIRÉS DU PROCESSUS DE CONSTITUTION DU TRIBUNAL DE RESOUMISSION. Arts. 52(1), (a), (b), (d) et (e) DE LA CONVENTION

38. Conformément aux travaux préparatoires de la Convention du CIRDI, le vice dans la constitution du Tribunal de l'article 52(1)(a) ne porte pas sur les questions relatives aux qualités requises par l'article 14(1) mais seulement sur les étapes processuelles pour constituer le Tribunal de la manière stipulée par la Convention :

Mr. NEDI (Ethiopia) asked for clarification of the expression "not properly constituted" in subparagraph (a) and wondered whether it was not contradictory to provide in the Convention that the Tribunal would be sole judge of its competence while at the same time providing for excess of power as a ground for annulment.

Mr. PINTO (Deputy-Secretary) said that the expression "not properly constituted" was intended to cover a variety of situations such as, for instance, absence of agreement or invalid agreement between the parties, the fact that the investor was not a national of a Contracting State, that a member of the Tribunal was not entitled to be an arbitrator, etc.³³ [Soulignements ajoutés]

39. Lorsque les travaux préparatoires de la Convention du CIRDI ont envisagé le rapport de la constitution du Tribunal ayant mission d'interpréter la Sentence initiale avec le Tribunal initial ex Règle 51(3)

Mr. BROCHES (Chairman) stated that it was thought that the same provisions that governed the constitution of the earlier Tribunal would be applied in this case, because there was presumably no reason why that would not be satisfactory again. To the extent that there was no such agreement or to the extent that the agreement would be incomplete, then the supplementary provisions of the Convention would apply. The parties could also change an earlier agreement if they wished to³⁴ [soulignement ajouté].

40. La même logique s'applique à la constitution du Tribunal de Resoumission ex Règle 55(4).

41. Et en ce qui concerne le vice dans la constitution du Tribunal,

"Mr. HETH (Israel) suggested that an objection to the constitution of the Tribunal ought to be raised always as a preliminary objection. Only when the facts upon which the opposition rested were unknown to the objecting party at the early stages of the proceedings should there be a possibility of attacking the award on the ground that the Tribunal was not properly constituted, as provided for in Article 55(1)(a).

"Mr. BROCHES (Chairman) requested the sense of the meeting with respect to the proposal that (a) of Article 55(1) be deleted entirely because the point would undoubtedly have been raised in the proceedings and there might be grounds for objecting to a double attack on the same grounds. A vote was then taken and the motion defeated by 18 to 2.

³³ *Pièce C17, History of the ICSID Convention, Vol II, 850*

³⁴ *Ibid., History of the ICSID Convention, Vol II, 846*

A proposal that the objections covered by(a)should not be advocated for the first time in annulment proceedings but that a party should be required to state any such objection in the actual proceedings before the Tribunal had no support. The proposal that the parties be given an immediate right of redress after a tribunal had decided that it was properly constituted without having to wait for the award was defeated by a majority of 9 to 3.³⁵

42. Le Comité *ad hoc* de l'affaire *Azurix v. Argentina*³⁶ a considéré que, conformément aux travaux préparatoires,

276. The Committee therefore gives the expression “properly constituted” its ordinary meaning in the context of the ICSID Convention and in the light of its object and purpose, as a reference to proper compliance with the provisions of the ICSID Convention and ICSID Arbitration Rules dealing with the constitution of the tribunal. Such provisions appear to include Section 2 of Chapter IV (Articles 37-40) of the ICSID Convention (entitled “Constitution of the Tribunal”) as well as Chapter V (Articles 56-58) of the ICSID Convention (entitled “Replacement and Disqualification of Conciliators and Arbitrators”).”

279. Article 52 does not state that “any fact indicating a manifest lack of the qualities required by paragraph (1) of Article 14” will constitute a ground of annulment. Rather, the ground of annulment in Article 52(1)(a) is that the tribunal was “not properly constituted”. The procedure for constituting the tribunal, including the procedure for challenging arbitrators on grounds of a manifest lack of the qualities required Article 14(1), If the procedures established by those other provisions of the ICSID Convention have been properly complied with, the Committee considers that the tribunal will be properly constituted for the purposes of Article 52(1)(a). [Soulignement ajouté].

1. SUR LA NOMINATION DE L'ARBITRE M. MOURRE. VICE DANS LA CONSTITUTION DU TRIBUNAL ET INOBSERVATION GRAVE D'UNE RÈGLE FONDAMENTALE DE PROCÉDURE

43. Ce motif de nullité de l'article 52(1)(a) de la Convention s'articule ici avec les motifs de nullité des lettres (b), (d) et (e) du même article.

L'autorité de la chose jugée de la Sentence initiale régissant les modalités de nomination du Tribunal arbitral initial et la nomination du nouveau Tribunal arbitral. Les modalités de désignation de M. Mourre ne l'ont pas habilité à en faire partie

44. Alors que le Comité *ad hoc* de l'affaire *Klöckner I* a expliqué que “*any sign of partiality must be considered to constitute within the meaning of Article 52(1)(d), a ‘serious departure from a fundamental rule of procedure’*”³⁷, nulle part la Convention ni les travaux préparatoires n'affirment que déclencher l'article 57 de la Convention (la récusation d'un arbitre) est une condition *sine qua non* pour invoquer l'article 52(1)(a).

³⁵ Pièce C15, Historique de la Convention CIRDI, Vol. II, page 851

³⁶ Pièce C69, *Azurix Corp. v. The Argentine Republic*, Decision on the Application for Annulment of the Argentine Republic, ICSID Case No. ARB/01/12, 1 September 2009, Dr. Gavan Griffith, Q.C., Judge Bola Ajibola, Mr. Michael Hwang, S.C.

³⁷ Pièce C7, *Klöckner(I)*, §95

45. Le Comité *ad hoc* dans la présente affaire *Pey Casado c. l'État du Chili* a déclaré, dans la Décision du 18 décembre 2012³⁸, que tous les paragraphes du Dispositif ainsi que le corps de la Sentence initiale étaient *res iudicata* à l'exception du para. 4 du Dispositif et les paragraphes correspondants dans le corps de la Sentence relatifs aux dommages-intérêts (Section VIII), annulés.

46. Cette déclaration est conforme à la doctrine qui considère que le Dispositif et les motifs d'une sentence font partie de la *res iudicata* :

*« Ce qui constitue une décision judiciaire peut s'entendre de deux façons : d'un point de vue strictement procédural, il ne s'agit que de ce qui a été formellement décidé (dans le dispositif) ; du point de vue du fond, cependant, il s'agit de surcroît de la matière du contentieux. L'arrêt lui-même, selon moi, comprend non seulement la décision du tribunal international (le dispositif), mais également le raisonnement suivi par celui-ci, l'indication des sources du droit invoqué, le rappel des principes fondamentaux sur lesquels il repose et toute autre considération que le tribunal juge utile d'exprimer (exposé des motifs). Je considère que **les motifs et le dispositif forment un tout organique infrangible** »*³⁹ [soulignement ajouté].

*« Sont « essentiels » les motifs dont procède le dispositif. De tels motifs peuvent constituer l'assise du dispositif d'un arrêt, même si ce dispositif n'y fait pas référence. »*⁴⁰

47. Conformément à l'article 56(3)⁴¹ de la Convention et des Règles d'arbitrage 55(2)(d)⁴², 8(2)⁴³ et 11(2)(a)⁴⁴, les arbitres du Tribunal auquel est resoumis le différend ex article 52(6)⁴⁵ doivent être désignés de la même manière que les membres du Tribunal initial.

La Décision du 25 avril 2006 impose désormais l'application de la Règle 11(2)(a)

48. En l'espèce, les dispositions appliquées lorsque l'État du Chili a nommé comme arbitre M. Galo Leoro Franco en 1998 n'ont pas été satisfaisantes, comme l'a déclaré la décision du

³⁸ Pièce C20, §359(4), accessible dans <http://bit.ly/2osj778>

³⁹ Pièce C70, CIJ, demande en interprétation de l'arrêt du 15 juin 1962 en l'affaire du *Temple de Préah Vihear (Cambodge c. Thaïlande, arrêt du 11 novembre 2013, Opinion individuelle du Juge M. Cançado Trindade, §55, accessible dans <http://bit.ly/2w3D9HY>*

⁴⁰ Pièce C71, CIJ, *Ibid.*, Déclaration conjointe des Juges MM. Owada, Bennoua et Gaja, §2, accessible dans <http://bit.ly/2wEzZfv>

⁴¹ Article 56(3) : « Si un conciliateur ou un arbitre nommé par une partie démissionne sans l'assentiment de la Commission ou du Tribunal dont il est membre, le Président pourvoit à la vacance en prenant un nom sur la liste appropriée. »

⁴² Règle n° 55 : « (1) Si un Comité annule une sentence partiellement ou en totalité, l'une ou l'autre des parties peut demander que le différend soit soumis à un nouveau Tribunal. (...) (2) Dès réception de la requête et du droit de dépôt, le Secrétaire général doit immédiatement : (...) (d) inviter les parties à procéder, dès que possible, à la constitution d'un nouveau Tribunal, composé du même nombre d'arbitres, nommés de la même manière, que pour le Tribunal initial. »

⁴³ Règle d'arbitrage 8(2) : « Un arbitre peut démissionner en soumettant sa démission aux autres membres du Tribunal et au Secrétaire général. Si cet arbitre a été nommé par l'une des parties, le Tribunal considère sans délai les raisons de sa démission et décide s'il y a lieu de l'accepter. Le Tribunal notifie sa décision sans délai au Secrétaire général. »

⁴⁴ Règle d'arbitrage 11(2) : « Outre qu'il remplit les vacances en ce qui concerne les arbitres nommés par lui, le Président du Conseil administratif nomme une personne figurant sur la liste des arbitres pour remplir : (a) une vacance résultant de la démission, sans l'assentiment du Tribunal, d'un arbitre nommé par l'une des parties. »

⁴⁵ Article 52(6) : « Si la sentence est déclarée nulle, le différend est, à la requête de la partie la plus diligente, soumis à un nouveau Tribunal constitué conformément à la section 2 du présent chapitre. »

Tribunal arbitral initial du 25 avril 2006, date à partir de laquelle s'appliquent lesdites dispositions des articles 56(3) de la Convention et 55(2)(d) du Règlement.

49. En effet, dans la présente affaire, c'est en vertu desdits article 56(3) de la Convention et des Règles d'arbitrage 8(2) et 11(2)(a) que le Prof. Emmanuel Gaillard a été nommé arbitre du Tribunal arbitral initial par le Président du Conseil administratif, le 11 juillet 2006⁴⁶. Ceci a eu lieu après que le Tribunal arbitral initial ait rejeté le 25 avril de 2006 la démission de l'arbitre nommé par la République du Chili, M. Leoro Franco, au motif suivant :

« aucune des raisons successivement invoquées pour tenter de justifier cette démission n'était admissible ou même soutenable en droit de l'arbitrage international, notamment dans le système de la Convention CIRDI (...) nous sommes unanimes à conclure que cette démission ne peut pas être acceptée au sens de l'article 8(2) du Règlement d'arbitrage. »⁴⁷ (Soulignement ajouté).

50. Peu avant, le 7 octobre 2005 l'arbitre M. Bedjaoui, ancien Président de la Cour Internationale de Justice, avait posé au Secrétaire Général du CIRDI la question suivante⁴⁸:

« Je crois que, pour notre honneur à tous, l'exercice auquel nous sommes conviés exige la franchise et la vérité. Je les dois quant à moi au C.I.R.D.I. La meilleure façon pour moi de témoigner ma haute appréciation à l'œuvre du C.I.R.D.I est de lui faire part d'une interrogation lorsque j'ai appris qu'il avait accepté de recevoir une délégation ministérielle de la Partie défenderesse hors de toute présence de la Partie demanderesse.

Je voudrais que le C.I.R.D.I considère mon interrogation vraiment comme le premier hommage rendu à son action. Nous essayons tous, chacun à son niveau, de faire prévaloir dans toutes les activités humaines et partout dans le monde, les principes de la transparence et de la bonne gouvernance La délégation ministérielle de la Partie défenderesse comprenait de surcroît un ancien fonctionnaire du C.I.R.D.I, ancien Secrétaire de notre Tribunal arbitral.

À ma connaissance cette rencontre du Chili et du C.I.R.D.I n'a pas de précédent dans l'arbitrage international. Et il ne suffit pas d'offrir la possibilité identique à l'autre Partie. L'essentiel est ailleurs : on ne saurait rencontrer les représentants d'une Partie en l'absence de ceux de l'autre Partie.

La seule façon d'atténuer tout effet négatif, serait à mon avis que le C.I.R.D.I. révèle à la Partie absente la consistance et la teneur des entretiens qui se sont déroulés avec l'autre Partie. Je me permets d'ajouter que même les membres du Tribunal arbitral devraient en être informés pour autant que ces entretiens ont pu concerner le déroulement des travaux de ce Tribunal. »

51. Le 2 décembre 2005 le Secrétaire Général du CIRDI a répondu à M. Bedjaoui que l'arbitre nommé par la République du Chili avait fait part du contenu des délibérations du Tribunal arbitral au Gouvernement du Chili :

« Je vous écris au sujet de la demande faite par le Ministre Mohammed Bedjaoui le 7 octobre 2005, relative à 'la teneur des entretiens qui se sont déroulés avec l'autre Partie' pendant la

⁴⁶ Pièce C2, Sentence initiale, §35

⁴⁷ Pièce C72

⁴⁸ Pièce C73, lettre du Juge M. Bedjaoui le 7-10-2005 au Secrétaire Général du CIRDI, accessible sur <http://bit.ly/2mflTiY>

réunion du 2 septembre 2005. (...) le Chili nous a fait part [du] fait que l'Ambassadeur Galo Leoro Franco aurait partagé avec la République du Chili sa profonde préoccupation pour (...) le processus de délibérations du Tribunal arbitral. À cet égard, l'Ambassadeur Leoro Franco aurait fait savoir à la République du Chili que le contenu du projet de sentence élaboré par le Président du Tribunal arbitral pour la réunion du Tribunal de janvier 2004 et le projet de décision distribué aux co-arbitres en juillet 2005 (...) la République du Chili avait conclu que sur la base des informations reçues (...) qu'un nouveau Tribunal soit constitué pour décider du différend ».⁴⁹

52. La décision du Tribunal arbitral initial du 25 avril 2006, adoptée en vertu de l'article 56(3) de la Convention et la Règle d'arbitrage 8(2) -auxquels renvoient les §§34 à 37 et 729 de la Sentence initiale- constituent la *ratio decidendi* des paras. 5, 6 et 7 du Dispositif de la Sentence initiale, qui sont obligatoires pour les parties et ont l'autorité de la chose jugée.

Ces §§34-37, res iudicata, renvoient à l'article 56(3) de la Convention et à la Règle d'arbitrage 8(2) :

« 34. Au cours de l'été 2005, le Président rédigea un projet partiel de décision sur la compétence, dont il soumit le 3 juin le texte, confidentiel, aux autres membres du Tribunal pour une délibération prévue à New York le 19 septembre 2005. [⁵⁰]

35. Par lettre du 23 août 2005, la République du Chili a demandé la récusation des trois membres du Tribunal arbitral, dont l'un (l'Ambassadeur Galo Leoro Franco, de nationalité équatorienne) donna sa démission par lettre du 26 août 2005, au motif qu'il aurait perdu la confiance de la partie l'ayant désigné. À la suite de cette démission, le Chili a retiré par écrit sa requête de récusation concernant ce dernier. **La démission de Monsieur Leoro Franco, à la veille de la délibération du Tribunal fixée avec son accord, n'étant justifiée au regard d'aucun des motifs prévus aux articles 56 (3) de la Convention CIRDI et 8 (2)⁵¹ du Règlement d'arbitrage, elle n'a pas été acceptée par les deux autres membres du Tribunal arbitral, et le Président du Conseil administratif a été appelé à pourvoir à la vacance ainsi créée. C'est ce qu'il a fait en désignant M. Emmanuel Gaillard, professeur de droit et avocat à Paris.** (Soulignement ajouté).

36. Il est apparu par la suite, notamment après un entretien accordé par M. Robert Dañino, alors Secrétaire général du CIRDI, à une importante délégation chilienne sur la demande de cette dernière, que la récusation demandée par le défendeur à la veille de la délibération prévue par le Tribunal arbitral était motivée en réalité par la connaissance du projet de décision partielle proposé par le Président, projet interne que l'Arbitre Leoro Franco avait cru pouvoir communiquer à la partie qui l'avait désigné, au mépris de l'obligation, incontestée, de la confidentialité des documents de travail du Tribunal et du secret des délibérations.

37. L'existence de cette violation n'est pas contestée, mais au contraire reconnue par la défenderesse. (...).»

⁴⁹ Pièce C74, communication du Secrétaire Générale du CIRDI, M. Roberto Dañino, du 2 décembre 2005, aux arbitres et aux parties, accessible sur <http://bit.ly/2ngSymX>

⁵⁰ Pièce C75, *Final award draft of the President* de juin 2005, communiqué aux parties le 13 septembre 2006 à la demande des Demanderesses –car le Gouvernement du Chili en avait déjà eu connaissance par des moyens illicites, accessible sur <http://bit.ly/2mwmb4Q>

⁵¹ Art. 8(2) du Règlement d'arbitrage : « Un arbitre peut démissionner en soumettant sa démission aux autres membres du Tribunal et au Secrétaire général. Si cet arbitre a été nommé par l'une des parties, le Tribunal considère sans délai les raisons de sa démission et décide s'il y a lieu de l'accepter. Le Tribunal notifie sa décision au Secrétaire général »

53. En effet, le comportement de l'arbitre nommé par le Chili a provoqué un si grand dommage aux Demandereses que celles-ci ont demandé depuis le 5 avril 2006, à plusieurs reprises⁵², que le Président du Conseil administratif du CIRDI lève l'immunité dudit arbitre afin de leur permettre d'exiger son éventuelle responsabilité légale, sans que le Centre y ait consenti «**malgré les protestations et demandes présentées au CIRDI par les demanderesses** ». ⁵³

Le Comité ad hoc a confirmé la décision du 25 avril 2006, res iudicata

54. La République du Chili avait expressément demandé au Comité ad hoc l'annulation intégrale de ces paragraphes 34 à 37 de la Sentence initiale⁵⁴. La Décision du Comité ad hoc du 18 décembre 2012 les a cependant confirmés, et elle a souligné l'incompatibilité des agissements de la République du Chili avec les usages de l'arbitrage international :

« 353. En l'espèce, le Comité relève que le Tribunal, à la fois sur le fondement de ses conclusions en faveur des Demandereses et de ce qu'il a appelé '... la politique adoptée par la défenderesse consistant, au-delà des exceptions usuelles ou 'normales' à la compétence, à multiplier objections et **incidents parfois incompatibles avec les usages de l'arbitrage international**'²⁸², a condamné la Défenderesse à contribuer aux frais et dépens exposés par les Demandereses à hauteur de USD 2.000.000 et à supporter $\frac{3}{4}$ des frais CIRDI »⁵⁵ (soulignement ajouté).

55. À la note en bas de page n° 282 relative à ce §353 le Comité ad hoc renvoie expressément au §729 de la Sentence initiale – « **Section IX. COÛTS DE LA PROCÉDURE** » :

« 729. En outre, le Tribunal arbitral estime approprié de prendre en considération l'attitude des parties et leur degré de coopération à la procédure et à la mission confiée au Tribunal. De ce point de vue, force est de constater que la durée de la présente procédure, et par conséquent ses coûts pour toutes les parties et pour le Centre, ont été notablement augmentés par la politique adoptée par la défenderesse consistant, au-delà des exceptions usuelles ou « normales » à la compétence, à multiplier objections et incidents parfois incompatibles avec les usages de l'arbitrage international » [soulignement ajouté].

56. Les motifs qui constituent le fondement nécessaire du Dispositif de la Sentence initiale et de ce §729 se trouvent auxdits §§34 à 37 de la Section II de la Sentence initiale – « *Procédure* » - qui mettent en rapport l'article 56(3) de la Convention et la Règle d'arbitrage 8(2) avec les incidents « *incompatibles avec les usages de l'arbitrage international* ».

57. Il en résulte que les paragraphes 5, 6 et 7 du Dispositif de la Sentence initiale ainsi que leur *ratio decidendi* sont obligatoires pour les parties et ont, conformément à la décision du Comité ad hoc du 18 décembre 2012⁵⁶, l'autorité de la chose jugée.

⁵² Pièce C2, Sentence arbitrale initiale, §37

⁵³ Pièce C75bis, le 5 avril 2006 les Demandereses sollicitent au CIRDI lever l'immunité de M. Leoro Franco, accessible dans <http://bit.ly/2nH2XqK> (Fr) et <http://bit.ly/2osuJqW> (Es)

⁵⁴ *Request for annulment* du 5 septembre 2008, pp. 434(A), 97, 191-193 ; *Memorial on the annulment* du 6 octobre 2010, Section VI (A), page 368 ; *Reply on the annulment* du 3 février 2011, pp. 550(A).

⁵⁵ Pièce C20

⁵⁶ *Ibid.*, Décision du Comité ad hoc du 18-12-2012, paras. 353 et 359 (4) ; et paras. 5 à 7 du Dispositif de la Sentence arbitrale du 8 mai 2008 (Pièce C2)

Les articles 56(3) et 38 de la Convention et la Règle 8(2) n'ont pas été respectés en l'espèce

58. Le contenu et la portée de la *res iudicata* sont déterminés par les principes et les normes du Droit international. Ils ne dépendent pas des déclarations unilatérales de la Défenderesse visant à laisser sans effet, dans la suite du traitement du même litige, qu'elle a précisément pour but de protéger, l'application de la *lex specialis* de l'article 56(3) de la Convention - qui, selon l'opinion qualifiée d'Aron BROCHES et du Prof. SCHREUER, déroge aux règles générales de l'article 37(2)(b) de la section 2 du chapitre IV de la Convention.

59. Selon Aron Broches, la disposition de l'article 56(3)

*« reflects the suspicion that the party [that made the original appointment] may not be a stranger to the resignation ».*⁵⁷

60. Lors des travaux préparatoires de la Convention un expert israélien n'avait retiré ses objections à la rédaction de l'article 56(3) actuel qu'après avoir entendu les explications de M. Broches assurant que cet article ne saurait être invoqué que « *dans des circonstances exceptionnelles* », en précisant que sa finalité était d'« *empêcher une collusion* » entre les parties et les arbitres qu'elles auraient désignés.⁵⁸ Et une collusion est ce qui a eu lieu en l'espèce entre l'arbitre nommé par l'État du Chili et celui-ci.

61. La même explication a été fournie par M. Broches lors de la réunion plénière du 23 février 1965 aux représentants de l'Amérique Latine :

*« If a party could prevail upon an arbitrator to resign in the course of the proceedings without cause, he would be able to frustrate or slow down the proceedings ».*⁵⁹

62. Le Professeur Pierre LALIVE avait déjà envisagé cette hypothèse en 1969⁶⁰

*« le retrait de l'arbitre sur les instructions de la partie gouvernementale annonce de **sérieuses difficultés pour l'avenir**, au moins **au stade de l'exécution de la sentence** »,*

et avait estimé que

*« le système de la Convention de la Banque Mondiale, pour sa part, coupe court à ces difficultés et paraît bien propre à décourager l'État de recourir à ce procédé (cf. **l'article 38, applicable, semble-t-il, par analogie à l'hypothèse du retrait de l'arbitre**, ainsi que le Règlement d'Arbitrage élaboré par le Conseil Administratif du Centre) ».*

Or, en l'espèce, lesdits paras. 34 à 37 et 729 et 5-6 du Dispositif de la Sentence prononcée le 8 mai 2008 par le Tribunal initial présidé par ...le Prof. Lalive **sont précisément exécutoires**.

⁵⁷ Pièce C76, Broches (A.): *Convention on the Settlement of Investment Disputes between States and Nationals of Other States of 1965, Explanatory Notes and Survey of its Application*, 18 627, 706 (1993)

⁵⁸ Pièce C16, *Historique de la Convention*, vol. III, p. 703.

⁵⁹ Pièce C17, *History of the ICSID Convention*, vol. II, T. 2, p. 992 et ss.

⁶⁰ Pièce C77, Lalive (Pierre) : « *Le retrait de l'arbitre nommé par une partie* », dans « *Aspects procéduraux' de l'arbitrage entre un État et un investisseur étranger dans la convention du 18 mars 1965* », dans *Investissements étrangers et arbitrage entre États et personnes privées*, Paris, 1969, Ed. A. Pedone, p. 120, soulignement ajouté, accessible dans <http://bit.ly/2nLCdXO> .

63. La Note Explicative préparée par le Secrétariat du Centre en 1982 afin de compléter le Règlement d'arbitrage affirme à propos de la Règle n° 8(2) :

*The intention of this provision is to lessen the possibility of a party inducing an arbitrator appointed by it to resign, so as either to enable his replacement by a more tractable person or merely to delay the proceeding.*⁶¹

64. Le Prof. Schreuer ajoute:

Art. 56(3) is an exception to the principle that vacancies should be filled by the same method that was used for the original appointment (...) In doing so it serves not only the principles of non-frustration and expediency but also the **principle of the immutability of the (...) tribunal. (...) Refusal by the tribunal to give consent to the resignation] leads to a different method for filling the resulting vacancy**. The appointment will be made not by the same method as the original appointment, but by the Chairman⁶² [emphase et soulignement ajoutés].

65. Pour le Prof. Mario Amadio :

*«L'assentiment du Tribunal joue un rôle de contrôle des motifs de la démission [de l'arbitre nommé par un plaideur]. S'il apparaît que la démission est provoquée par un plaideur dans un but dilatoire, démontrant que l'arbitre n'est pas réellement indépendant, cette attitude sera sanctionnée. Le plaideur n'aura plus aucune part dans la désignation du remplaçant. »*⁶³

Les paras. 34-37 et 729 de la Sentence initiale sont exécutoires

66. C'est en effet un principe universel de droit international qu'une sentence ayant l'autorité de la chose jugée oblige les parties. Ce principe est également affirmé par l'article 53 de la Convention du CIRDI et l'article 10(5) de l'API Espagne-Chili.

67. L'autorité de la chose jugée s'étend aux propositions contenues dans les considérants qui sont les antécédents logiques nécessaires, la *ratio decidendi* du Dispositif, et qui ont la même force obligatoire que celui-ci :

« la Cour a, par ledit arrêt, dit et jugé que l'attitude du Gouvernement polonais vis-à-vis de l'Oberschlesische n'était pas conforme aux dispositions de la Convention de Genève. Cette conclusion, qui est maintenant, sans conteste, passée en force de chose jugée, reposait, entre autres, d'une part, sur la constatation qu'au point de vue du droit international, le Gouvernement allemand avait bien le droit d'aliéner l'usine de Chorzów, et, d'autre part, sur la constatation qu'au point de vue du droit civil, l'Oberschlesische avait valablement acquis le droit de propriété sur l'usine - constatations qui constituent une condition absolue de la décision de la Cour. La constatation suivant laquelle, au point de vue du droit civil, l'usine appartenait à l'Oberschlesische fait, par conséquent, partie des points que l'Arrêt no 7 a tranchés avec force obligatoire aux termes- de l'article 59 du Statut. Le contexte dans lequel se

⁶¹ “El propósito de esta disposición es disminuir la posibilidad que una parte induzca a un árbitro nombrado por ella a que renuncie, sea para permitirle reemplazarle por una persona más complaciente o sólo para dilatar el procedimiento”.

⁶² Schreuer (C.H.): The ICSID Convention. Cambridge Univ. Press, 2001, Article 56, page 1193, para. 31, 33, 36

⁶³ Pièce C78, Amadio (Mario) : Le contentieux international de l'investissement privé et la Convention de la Banque Mondiale du 18 mars 1965, Paris, L.G.D.J., 1967, page 172

*trouve le passage dont il s'agit sert précisément à établir le droit de propriété de l'oberschlesische au point de vue du droit civil. »*⁶⁴

68. Ainsi, le tribunal arbitral compétent dans l'affaire de l'Interprétation de la Décision du 30 juin 1977 délimitant le Plateau continental entre le Royaume-Uni et la République française a affirmé, en invoquant ledit Arrêt de la CIJ du 16 décembre 1920 dans l'affaire de l'Usine de Chorzów, que :

*« si certaines constatations figurant dans les motifs constituent une condition essentielle de la décision contenue dans le dispositif, ces constatations doivent être considérées comme faisant partie des points tranchés avec force obligatoire dans la décision. »*⁶⁵

69. En matière d'arbitrage, les Recommandations de l'Association de Droit International (A.D.I.) sur l'autorité de la chose jugée, approuvées en 2006, considèrent que :

*« Les effets positif et négatif de l'autorité de la chose jugée attachée à une sentence arbitrale, dans une procédure arbitrale ultérieure, s'étendent : (1) aux mesures et décisions contenues à son dispositif ainsi qu'à tous les motifs nécessaires à ces mesures et décisions ; (2) aux questions de fait ou de droit effectivement débattues devant le tribunal arbitral et décidées dans la sentence, à condition que ces décisions aient été essentielles ou fondamentales pour aboutir au dispositif de la sentence ».*⁶⁶

70. Le paragraphe 4 du dispositif de la Décision du Comité *ad hoc* confirme en l'espèce cette analyse et l'élargit en ce qu'il précise :

*« les paragraphes 1 à 3 et 5 à 8 du dispositif ainsi que le corps de la Sentence, à l'exception de la Section VIII, ont autorité de chose jugée ».*⁶⁷ (Soulignement ajouté)

Dès lors, les §§34 à 37 et 729 de la Sentence initiale sont exécutoires.

La nomination des arbitres du Tribunal initial

71. En matière de nomination en vue d'une étape procédurale consécutive, lorsque le Règlement fait référence au Tribunal initial, il ne distingue pas selon que les parties ont demandé l'interprétation ou l'annulation de la procédure. Les articles 51(3) et 55(2) du Règlement font tous deux usage de la même expression « *Tribunal initial* ».

⁶⁴ Cfr. pièce C79: *Interprétation des arrêts Nos 7 et 8 (Usine de Chorzów)*, C.P.J.I., Série A, N° 13, Arrêt du 16 décembre 1927, pp. 20 et 21, soulignement ajouté, accessible dans <http://bit.ly/2f2C7WO> ; dans le même sens, pièce C80, *Interprétation de la Décision du 30 juin 1977 délimitant le Plateau continental entre le Royaume-Uni et la République française*, Décision du 14 mars 1978, R.I.A.A., vol. XVIII, p. 366, accessible dans <http://bit.ly/1jL0rNg>

⁶⁵ *Ibid.*, pages 365-366, point 28

⁶⁶ Pièce C81, A.D.I., "Recommandations sur la litispendance et l'autorité de la chose jugée en arbitrage", Recommandations nos. 4, 4(1) et 4(2), *Revue de l'arbitrage*, 2006, page 1121, accessible dans <http://bit.ly/2vLf2lQ> ; voir également pièce C82, Seraglini (V.Ch.): "Brèves remarques sur les Recommandations de l'Association de droit international sur la litispendance et l'autorité de la chose jugée en arbitrage", *Rev. arb.*, 2006, page 909 et ss.

⁶⁷ Pièce C20, Décision du Comité *ad hoc* du 18 décembre 2012, §359

72. Il ne peut donc exister qu'un seul *Tribunal initial* au sens de la Convention et du Règlement d'arbitrage. Or, l'article 51(1)(a)⁶⁸ du Règlement d'arbitrage le définit comme le « ***Tribunal ayant initialement statué*** ».

73. En l'espèce, le Tribunal ayant initialement statué - c'est-à-dire ayant rendu la Sentence initiale - est identifié expressément sur la première page du document officiel communiqué par le Centre, à savoir la Sentence. Il a été nommé en application d'une combinaison des articles suivants :

- le président du Tribunal, le Professeur Pierre LALIVE, a été nommé par le Président du Conseil administratif le 11 avril 2001⁶⁹ conformément aux articles 37(2)(b) et 56 de la Convention et la Règle n° 11,
- le deuxième arbitre, M. Mohammed CHEMLOUL, a été nommé par les parties Demanderesse⁷⁰ en conformité des articles 58 *in fine* et 37(2)(b) de la Convention,
- le troisième arbitre, le Prof. Emmanuel GAILLARD, a été nommé par le Président du Conseil administratif en conformité avec l'article 56(3), conformément à ladite décision du Tribunal arbitral du 25 avril 2006.⁷¹

74. L'application formelle de la Règle 55(2)(d) au cas d'espèce ne soulève, d'une part, aucune équivoque et, d'autre part, ne fait intervenir aucune dimension préalable d'assentiment des parties. Elle s'impose aux parties, au Centre et au Tribunal arbitral.

Les éléments qui déterminent ce mode de nomination sont

a) pleinement conformes à la lettre et à l'esprit des objectifs en vue desquels ont été édictés les articles 56(3) et 52(6) de la Convention, et

b) consubstantiels aux positions du Tribunal arbitral initial sous-tendant les parties de la Sentence initiale qui sont obligatoires pour les parties et sont revêtues de l'autorité de chose jugée.

Les objections à la nomination du troisième arbitre du Tribunal arbitral de Resoumission

⁶⁸ Règle d'arbitrage n° 51 : « (1) Après avoir enregistré une demande en interprétation ou en révision d'une sentence, le Secrétaire général, immédiatement : (a) transmet à chaque membre du Tribunal ayant initialement statué copie de la notification d'enregistrement, de la demande et de tout document joint. »

⁶⁹ Pièce C2, Sentence initiale, §20 : « À la suite de la démission du Juge Francisco Rezek, Président du Tribunal arbitral (survenue le 16 mars 2001 et effective dès le 13 mars), le Professeur Pierre Lalive (Suisse) a été nommé le 11 avril 2001 Président du Tribunal arbitral ».

⁷⁰ *Ibid.*, §9 : « Monsieur le Juge Mohammed Bedjaoui, désigné par les parties demanderesse » ; §39 : « Monsieur Bedjaoui (...) a été remplacé par un avocat algérien choisi par les demanderesse, Me Mohammed Chemloul ».

⁷¹ *Ibid.*, §35 : « La démission de Monsieur Leoro Franco, à la veille de la délibération du Tribunal fixée avec son accord, n'étant justifiée au regard d'aucun des motifs prévus aux articles 56(3) de la Convention CIRDI et 8(2) du Règlement d'arbitrage, elle n'a pas été acceptée par les deux autres membres du Tribunal arbitral, et le Président du Conseil administratif a été appelé à pourvoir à la vacance ainsi créée. C'est ce qu'il a fait en désignant M. Emmanuel Gaillard (...) »

75. Lors de la nouvelle soumission de la Requête, le 16 juin 2013⁷², de même que lors de la première session du Tribunal arbitral de Resoumission, les Demanderesses ont sollicité que soient appliquées de manière effective les articles 38 et 56(3) de la Convention en rapport avec les Règles 55(2)(d), 11(2)(a) et les paras. 34-37 et 729 de la Sentence initiale. L'État Défendeur s'y est opposé.⁷³
76. Or l'arbitre ayant rempli la place du Prof. Emmanuel Gaillard, M. Alexis Mourre, a été nommé par l'État Défendeur en enfreignant l'autorité de la chose jugée de la Sentence du 8 mai 2008⁷⁴, notamment celle des §§34, 35, 36, 37, 729 en rapport avec les paras. 5 à 7 du Dispositif, la décision du 25 avril 2006⁷⁵ du Tribunal arbitral initial et le §359(4) de la Décision du 18 décembre 2012 du Comité *ad hoc*⁷⁶, obligatoires pour les parties.
77. Ce vice dans la constitution du Tribunal a été soulevé en juin 2013, aussitôt que M. Alexis Mourre a été désigné par le Chili⁷⁷. Le 13 septembre 2013 le Centre a référé la décision de cette question au Tribunal arbitral⁷⁸ :

« Nous comprenons que les Demandeurs sont en désaccord avec la conclusion du CIRDI. Il est loisible aux Demandeurs de soulever cette question devant le Tribunal une fois que celui-ci aura été constitué. »

78. Le 26 Décembre 2013, avant même la constitution du Tribunal arbitral de Resoumission, les Demanderesses avaient posé à M. Alexis Mourre et au Tribunal arbitral la question de procédure suivante⁷⁹ :

« 1. [À] Monsieur l'arbitre désigné par la République du Chili :

- i. Qu'il considère qu'il a été désigné en violation de l'application analogique de l'article 38 en vertu de l'article 56(3) de la Convention qui confèrent, dans les circonstances d'espèce, au Président du Conseil administratif l'autorité de nommer le troisième arbitre de la même manière que son prédécesseur avait été nommé dans le Tribunal arbitral initial ;*
- ii. qu'il statue à nouveau sur sa propre compétence par le biais d'un acte juridictionnel ;*

2. En tout état de cause, du Tribunal arbitral qu'en conformité des articles 44 et 41(1) de la Convention, il constate que la nomination du troisième arbitre par la République du Chili est

⁷² Para. 136 de la nouvelle soumission du différend déposée le 16 juin 2013 (pièce C83): « Ainsi qu'il en a été pour le Tribunal arbitral initial ayant rendu la Sentence du 8 mai 2008, le Président et l'un des co-arbitres seront désignés par le Président du Conseil administratif et l'autre co-arbitre par les parties Demanderesses, respectivement » [nnbp omisses], et la lettre d'accompagnement de la même date, pièce C84

⁷³ Pièce C85, lettre du Chili au CIRDI le 22 juillet 2013

⁷⁴ Pièce C2, Sentence du 8 mai 2008, accessible dans <http://bit.ly/2mq3Up0>

⁷⁵ Pièce C72

⁷⁶ Pièce C20, accessible dans <http://bit.ly/2osj778>

⁷⁷ Voir les lettres des Demanderesses au Centre des 16 juin et 10 juillet 2013, 26 et 27 juillet (sections II et III), 23 août (accessible dans <http://bit.ly/2nuMepM>), 25 septembre, 9 octobre et 23 décembre 2013, pièces C84, C86, C87, C88, C89, C90, C91, C92

⁷⁸ Pièce C93, Réponse de Mme. la Secrétaire Générale du CIRDI le 13 septembre 2013 aux Demanderesses relative à la constitution du Tribunal arbitral de resoumission du différend

⁷⁹ Pièce C94, lettre des Demanderesses du 26 Décembre 2013, pages 12-13, accessible dans <http://bit.ly/2wKMaGE>, M. Mourre n'a pas répondu cette lettre

en violation de l'autorité de chose jugée de la Sentence et viole les dispositions du Règlement d'arbitrage CIRDI et de la Convention ; en conséquence ordonne que la nomination du troisième arbitre soit faite de la même manière que celle de son prédécesseur dans le Tribunal initial, c'est-à-dire par le Président du Conseil administratif. »

M. Alexis Mourre n'a pas répondu.

79. Lors de la 1^{ère} session du Tribunal arbitral le 11 mars 2014, les Demanderesses ont réitéré leur question de procédure⁸⁰, et ont sollicité l'application desdites normes par la voie des articles 44 et 41(1) de la Convention⁸¹ :

« Sur le fondement de leur interprétation de l'article 55(2)(d) du Règlement d'arbitrage du CIRDI, les parties demanderesses ont fait valoir que l'arbitre nommé par la partie défenderesse aurait dû être nommé par le Président du Conseil administratif, comme M. le professeur Gaillard l'avait été dans l'arbitrage d'origine. Elles ont demandé au Tribunal (i) de déterminer si Me Mourre a été nommé conformément à la Convention et au Règlement d'arbitrage du CIRDI, et (ii) s'il ne l'a pas été, de l'inviter à démissionner. Les parties demanderesses ont confirmé que leur requête n'était pas une demande de récusation de Me Mourre.

La partie défenderesse a fait valoir que Me Mourre a été nommé conformément à la méthode de constitution appropriée, à savoir l'Article 37(2)(b) de la Convention CIRDI. Selon elle, la requête des parties demanderesses devrait être rejetée. »

80. Les Demanderesses ayant adressé à nouveau à M. Mourre le 30 avril 2014 l'objection formulée le 26 décembre 2013, il l'a écartée.⁸²

81. Le 6 mai 2014 le Tribunal arbitral a communiqué aux parties qu'il n'entendait pas se prononcer sur la question de procédure qui lui avait été posée⁸³ :

§2.2. At the first session, the Claimants, while indicating that they were not proposing the disqualification of the arbitrator nominated by the Respondent, nevertheless requested the Tribunal to decide whether the arbitrator in question had been duly appointed in accordance with the Convention and Arbitration Rules, and, if not, that the Tribunal invite him to resign; whereas the Respondent maintained that the arbitrator in question had been properly appointed in accordance with Article 37(2)(b) of the Convention. In the absence of a proposal for disqualification under the Convention and Rules, the Tribunal does not feel called upon to rule on the matter. [Soulignement ajouté].

⁸⁰ Ordonnance de procédure n° 2 : « 2.2. Lors de la première session, les parties demanderesses (...) ont néanmoins demandé au Tribunal de décider si l'arbitre concerné avait été dûment nommé conformément à la Convention et au Règlement d'arbitrage, et, si tel n'était pas le cas, d'inviter celui-ci à démissionner », pièce C95

⁸¹ Voir *Pey v Chile - First Session - Summary of Discussion at First Session* transmis le 29 avril 2014 par le Tribunal arbitral aux parties pour commenter, pièce C96

⁸² Voir la lettre des Demanderesses à M. Mourre le 30 avril 2014, et la réponse de celui-ci le 2 mai suivant, pièces C97 et C98

⁸³ Voir la pièce 2014-05-06 *Pey v Chile - Proposition de corrections au brouillon d'OP 1 du 2014-04-29 - aux parties*, pièce C99

82. Le jour même les Demanderesses y ont fait objection⁸⁴:

« 1. La question de procédure –soulevant **la possible absence de compétence d'un arbitre nommé par le Chili dans la présente étape de la procédure**- a été posée dans le cadre des articles 44 et 41(1) de la Convention CIRDI. (...).

« 2. Le Tribunal est, en effet, seul juge pour décider de la compétence de ses membres en rapport avec les conséquences de l'application de l'article 56(3)6 - *lex specialis*, impérative-mise en œuvre dans la nomination du Tribunal initial⁸⁵, et sur l'application de la Règle d'arbitrage n° 55(2)(d)8, dans les modalités de constitution du présent Tribunal –cas envisageable sous la 1ère phrase de l'Article 44- ou si, alternativement, son application n'est pas prévue ; cela compte tenu, dans les deux cas, de la manière dont le Tribunal initial a été nommé, vu les agissements incompatibles avec l'arbitrage international pratiqués par la représentation de la République du Chili et par l'arbitre que celle-ci avait nommé⁸⁶, agissements qui ont justifié les mesures correspondantes (...).

« 4. En demandant lors de la nouvelle soumission de la Requête, le 16 juin 2013, l'application desdites Règles impératives de procédure, la représentation des Demanderesses, comme elle en a l'obligation, s'est efforcé de prévenir de la sorte une troisième édition de faits qui, en prolongeant la procédure pendant plus de seize années, en ont accentué les préjudices causés aux Demanderesses et augmenté les frais.

«5. Les parties Demanderesses prennent acte du paragraphe 2.2 du projet d'Ordonnance de Procédure n° 1, du 29 avril 2014 (...). Les Demanderesses observent que, à leur avis,

a) La conjonction singulière dans le cas d'espèce des conditions de l'article 56(3) de la Convention pourraient ne pas être considérées comme ce à quoi le renvoi est raisonnablement prévu par la deuxième phrase de l'article 57¹⁴⁸⁷ ouvrant la voie à une récusation de l'arbitre nommé par le Chili. En effet, selon la Note explicative préparée par le Secrétariat du Centre en 1968¹⁵⁸⁸ à la Règle d'arbitrage n° 9, lettre « A »¹⁶⁸⁹, de même que les Règles d'arbitrage nos. 317 et 418 et la doctrine qualifiée¹⁹⁹⁰, ces conditions font référence à la nationalité de l'arbitre ou à sa présence dans la liste des arbitres de l'article 40(1) de la Convention ;

b) Quant à la première phrase de cet article 57, elle renvoie à l'article 14(1)20 de la Convention, qui n'est pas d'application en l'espèce ;

c) Au cas où l'acceptation d'une éventuelle proposition de récusation introduite par les Demanderesses pour d'autres motifs serait envisagée, compte tenu de la déstabilisation du

⁸⁴ Lettre des Demanderesses le 6 mai 2014 au Tribunal arbitral de resoumission du différend, citations omises, pièce C100

⁸⁵ [7. Sentence, paras. 35-37, 729]

⁸⁶ [9. Sentence, paras. 729, 34-37 et paras. 5 à 6 du Dispositif ; Décision du Comité *ad hoc*, para. 353]

⁸⁷ [14. « Article 57. (...) Une partie à une procédure d'arbitrage peut, en outre, demander la récusation d'un arbitre pour le motif qu'il ne remplissait pas les conditions fixées à la section 2 du chapitre IV pour la nomination au Tribunal arbitral. »

⁸⁸ [15. 1 ICSID Reports 76]

⁸⁹ [16. Note explicative «A» à la Règle d'arbitrage n° 9: « Under Article 57 of the Convention, a party may propose the disqualification of an arbitrator on account of any fact indicating a manifest lack of the qualities required by Article 14(1) or on the ground that he was ineligible for appointment under Section 2 of Chapter IV (see the restrictions relating to nationality in Articles 38 and 39, and the requirement of listing on the Panel of Arbitrators in Article 40(1))”]

⁹⁰ [19. Voir, entre autres, Schreuer (Ch. H.): *The ICSID Convention: A Commentary*, Cambridge Univ. Press, 2001, page 1201; Baker (M.)-Greewood (L.): *Are Challenges Overused in International Arbitration ?* *Journal of International Arbitration*, Volume 30, Issue 2 (2013)]

Tribunal par la représentation du Chili en récusant à nouveau, pour des motifs dénués de pertinence²¹, le Prof. Philippe Sands, ce qui a causé son départ en janvier 2014²², et vu les antécédents spécifiques au présent cas, on ne peut exclure qu'avant que la décision soit signée, la représentation du Chili provoque une crise de la procédure, mettant en œuvre une variante de celle qu'elle avait provoqué en août 2005, et récuse, à nouveau, tous ou la majorité²³ des membres du Tribunal, suscitant ainsi un prétexte pour prolonger la présente procédure et augmenter les dommages infligés aux Demanderesses. Une situation dont celles-ci ne peuvent prendre le risque de créer la possibilité.

« 6. Dans de telles circonstances, les Demanderesses ne considèrent pas qu'une procédure de récusation puisse remédier à cette situation. »

83. Le Tribunal arbitral n'a pas été impartial lorsqu'il a refusé de se prononcer sur la question de procédure qui lui a été posée par la voie des articles 44 et 41(1) de la Convention, dès lors

- a) que l'expression « *vice dans la constitution du Tribunal* » comprend les articles 56(3) et 40(2) de la Convention et les Règles 55(2)(d), 11(2)(d), comme il découle des travaux préparatoires et a constaté le Comité *ad hoc* de l'affaire *Azurix c. Argentine* (§42 *supra*),
- b) que M. Franklin Berman, en sa qualité également de président du Comité *ad hoc* de l'affaire *Transgabonnais c. Gabon*, avait déjà considéré qu'il était envisageable de poser et trancher une question relative à la constitution du Tribunal par la voie de l'article 41(1)

« 123. Or, dans le cas d'espèce, le processus de constitution du Tribunal s'est-il effectué en application de l'article 38, ou bien en application d'une combinaison des articles 38 et 39 ? (...) 126. (...) le Comité ad hoc est d'avis qu'une méthode d'interprétation qui conduirait à un cercle vicieux ne saurait correspondre aux principes établis par la Convention de Vienne pour l'interprétation des traités. Mieux vaut préserver toute la valeur du principe général du droit international, repris explicitement à l'article 41 de la Convention CIRDI, à savoir qu'un tribunal arbitral est doté du pouvoir inhérent de juger de sa compétence, et appliquer ce principe fondamental selon les circonstances des cas particuliers. »⁹¹ [Soulignement ajouté],

- c) qu'en contraignant le 29 avril 2014 les Demanderesses à suivre la voie de l'article 57 de la Convention (« *en l'absence d'une demande de récusation au sens de la Convention et du Règlement d'arbitrage, le Tribunal estime ne pas avoir été appelé à statuer sur cette question* »⁹²), le Tribunal de Resoumission ne pouvait pas ignorer que le champ d'application de cet article sont les arts. 37-40, et que l'arbitre M. Emmanuel Gaillard avait été nommé en application non de l'article 37(2)(b) mais de l'article 56(3) et de la décision du Tribunal arbitral initial du 25 avril 2006 sur lesquels se basait la question de procédure soumise au Tribunal arbitral de Resoumission.

84. De la sorte, la présence de M. Alexis Mourre dans le Tribunal arbitral constitue un vice dans la constitution du tribunal, sanctionné à l'article 52(1), lettres (a), (b), (e) et (d) de la Convention, aux motifs suivants :

⁹¹ Pièce C101, *Compagnie d'Exploitation du Chemin de Fer Transgabonnais (Demanderesse) c. La République Gabonaise (Défenderesse)* Affaire CIRDI No. ARB/04/05 Décision du Comité *ad hoc* sur la Demande d'annulation de la République Gabonaise, 10 mai 2010, Sir Franklin Berman, KCMG, QC, Prof. Dr. Ahmed S. El-Kosheri, Prof. Dr. Rolf Knieper, L'objection dans cette affaire portait sur la nationalité des arbitres, la voie à suivre pour la soulever était celle de la récusation a estimé le Comité *ad hoc* (§130), mais les circonstances spécifiques à la nomination de l'arbitre M. Gaillard dans le Tribunal initial de l'affaire *Pey Casado c. le Chili* sont tout autres, comme on l'a vu *supra* (§§49-54)

⁹² Pièce C102, projet d'Ordonnance de Procédure n° 2 du 18 mai 2014, §2.2

- le refus d'exercer les pouvoirs inhérents de l'art. 41(1) de la Convention, explicitement sollicités par les Demanderesses, constitue un excès de pouvoir manifeste du Tribunal (art. 52(1)(b)), en particulier de la part des deux arbitres régulièrement nommés, Sir Franklin Berman, Q.C., et M. V.V. Veeder, Q.C.,
- la non application de l'article 56(3) de la Convention et des Règles 55(2)(d), 11(2)(d), de même que de la Décision du 18 décembre 2012 du Comité *ad hoc* (§359(4)), constituent une inobservance grave des règles de procédure applicables (les §§34, 35, 36, 37, 729 en rapport avec les paras. 5 à 7 du Dispositif de la Sentence initiale et la décision du Tribunal arbitral initial du 25 avril 2006, chose jugée), sanctionnée à l'article 52(1)(d) de la Convention,
- ne pas avoir motivé la non application des articles 41(1) et 44 de la Convention à la question de procédure sollicitée par les Demanderesses constitue un défaut de motifs, sanctionné à l'article 52(1)(e) de la Convention.

85. En invoquant ces motifs d'annulation de la Sentence arbitrale les Demanderesses considèrent que le Comité *ad hoc* est compétent pour en décider, conformément au raisonnement du Comité *ad hoc* de l'affaire *EDF International SA, SAUR International SA and Leon Participaciones Argentinas SA v Argentine Republic*⁹³ :

128. the Committee does not consider that the question whether or not a tribunal has been properly constituted is one which can be answered only at the outset of proceedings. While it is obviously necessary to establish that a tribunal is properly constituted at the time that it begins work, once it is accepted that the proper constitution of the tribunal requires that each of its members fulfil the requirements of Article 14(1), it becomes clear that changes in the circumstances of an arbitrator may mean that a tribunal which was properly constituted at the outset may cease to be so during the course of the proceedings. [Soulignements ajoutés].

En l'espèce, la manière dont avait été nommé « le Tribunal initial » en 1998 au sens du Tribunal ayant amorcé la procédure initiale, n'était pas la manière dont avait été nommé le « Tribunal initial » au sens requis pour la formation en vue d'une nouvelle étape procédurale, à savoir au sens de « Tribunal ayant prononcé la Sentence initiale », régie par la décision du 25 avril 2006.

2. SUR LA DÉCISION DU TRIBUNAL DU 21 NOVEMBRE 2016. VICE DANS LA CONSTITUTION DU TRIBUNAL, INOBSERVATION GRAVE D'UNE RÈGLE FONDAMENTALE DE PROCÉDURE ET DÉFAUT DE MOTIFS

*Secrecy, has never been a concept used in international arbitration*⁹⁴

⁹³ Pièce C103, *EDF International SA, SAUR International SA and Leon Participaciones Argentinas SA v Argentine Republic* (ICSID Case No ARB/03/23), Annulment Decision of 5 February 2016, accessible dans <http://bit.ly/2v08Rti>

⁹⁴ Pièce C104, Noussia (K.), *Confidentiality in International Arbitration*, Springer, 2010, page 122

86. Comme on a vu *supra*, lors des Travaux préparatoires de la Convention le délégué d'Israël a suggéré que

*when the facts upon which the opposition rested were unknown to the objecting party at the early stages of the proceedings should there be a possibility of attacking the award on the ground that the Tribunal was not properly constituted, as provided for in Article 55(1)(a).*⁹⁵

87. Les faits à l'origine des motifs d'annulation de la Sentence arbitrale du 13 septembre 2016 figurant ci-après ont été connus à partir du 20 septembre 2016, après donc le prononcé de la Sentence de Resoumission. La compétence du Comité *ad hoc* pour prendre ces faits en considération et trancher ces motifs d'annulation est conforme à la doctrine des Tribunaux du CIRDI, dont certaines décisions méritent d'être cités *in extenso*.

Le devoir de révéler

88. La Règle d'arbitrage n° 6(2) du CIRDI dispose :

“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 ».

Cet article a été interprété dans l'affaire CIRDI *Tidewater Inc et altri v. Venezuela*, dans les termes suivants :

§17. (...) *As to the duty of disclosure, Tidewater notes that ICSID Arbitration Rule 6 does not have any exception in respect of the duty to disclose publicly available information. This is necessarily so, since otherwise, submits Tidewater, the parties would need to conduct intrusive investigations and rely on indirect and not always reliable sources. Arbitrators will always be in 'the best position to gather, evaluate, and disclose accurate information relevant to their potential conflicts'.*⁷

§51. *The Two Members agree with Tidewater that in general, in considering the scope of her duty of disclosure, the arbitrator may not count on the due diligence of the parties' counsel. As pointed out by Tidewater, arbitrators will always be in 'the best position to gather, evaluate, and disclose accurate information relevant to their potential conflicts'.*⁹⁶

89. L'article 11 du Règlement UNCITRAL établit également l'obligation pour l'arbitre de révéler même des informations qui sont dans le domaine public, comme l'affirme la Décision du Secrétaire Général de la CPA du 10 août 2012 dans la procédure de récusation du Juge Schwebel par l'Équateur⁹⁷ :

83. *Full disclosure by an arbitrator upon appointment is indispensable, not only to ensure the general legitimacy of arbitral proceedings, but also to allow the parties to assess whether they wish to exercise their rights to challenge an arbitrator under the UNCITRAL Rules if they are*

⁹⁵ Pièce C17, *History of the ICSID Convention*, Vol II, 852

⁹⁶ Pièce C105, *Tidewater Inc et altri v. Venezuela*, ICSID Case No ARB/10/5, Decision on Claimants' Proposal to Disqualify Professor Brigitte Stern, Arbitrator, 23 décembre 2010, §§17 et 51, accessible dans <http://bit.ly/2sJW0rd>

⁹⁷ Pièce C106, PCA Case No. AA442, *Merck Sharp & Dohme v. Ecuador*, Decision on Challenge to Arbitrator Judge Stephen M. Schwebel, 10 août 2012, accessible dans <http://bit.ly/2rHx3iv>

of the view that the arbitrator does not meet the requisite standard of independence and impartiality.

84. Even if the Respondent and its counsel knew or should be presumed to have known of Judge Schwebel's (...), this would not exonerate Judge Schwebel from his duty to make prompt and full disclosure (...) promptly upon his appointment in this case. These circumstances clearly fall within the scope of his disclosure obligation, which Judge Schwebel failed to meet in this case.

90. Loi chilienne sur l'arbitrage commercial international dispose à son tour :

“Article 12.- Motifs de récusation. 1. La personne à laquelle serait communiquée sa possible nomination comme arbitre devra révéler toutes les circonstances qui pourraient donner lieu à des doutes justifiés concernant son impartialité ou son indépendance. L'arbitre, à partir du moment de sa nomination et durant toutes les opérations arbitrales, révélera sans retard de telles circonstances aux parties, à moins qu'il les en ait déjà informées »⁹⁸ (soulignement ajouté).

La compétence du Comité *ad hoc* pour évaluer une proposition de récusation rejetée en l'instance

91. Le Comité *ad hoc* de l'affaire Vivendi II⁹⁹ avait raisonné en 2010

205. (...) what the consequences are in terms of annulment if there was a basic failure to investigate, disclose, or inform.

222. (...) if such an arbitrator decides in principle to continue, [he is required] also to notify the parties in each arbitration of such a connection or interest. This imposes a continuous duty of investigation.

§ 223. This obligation cannot be considered fulfilled by simply providing (...) at the time of the appointment with a list of current arbitrations accompanied by a request to see whether there may be any conflicts of interests, as was apparently done in this case.

226. Rather, having properly and adequately investigated and established any relationship between [...] 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.

232. The ad hoc Committee thus understands the argument that the Second Tribunal was no longer properly constituted (...) and that there was a serious departure from a fundamental

⁹⁸ Loi n° 19.971 sur l'arbitrage commercial international: « Artículo 1°.- Ámbito de aplicación. Esta ley se aplicará al arbitraje comercial internacional, sin perjuicio de cualquier tratado multilateral o bilateral vigente en Chile », « Article 12. Motivos de recusación. 1. La persona a quien se comunique su posible nombramiento como árbitro deberá revelar todas las circunstancias que puedan dar lugar a dudas justificadas acerca de su imparcialidad o independencia. El árbitro, desde el momento de su nombramiento y durante todas las actuaciones arbitrales, revelará sin demora tales circunstancias a las partes, a menos que ya les haya informado de ellas », accessible dans <http://bit.ly/2qFNZRS>

⁹⁹ Pièce C107, Vivendi v Argentina (II), Annulment Decision, 10 août 2010, accessible dans <http://bit.ly/2eQbuHm>

rule of procedure and considers that this could lead to annulment whenever justified within the context of the case under consideration. [Soulignement ajouté]

92. Le Comité *ad hoc* de l'affaire *EDF International SA, SAUR International SA and Leon Participaciones Argentinas SA v Argentine Republic*¹⁰⁰ a proclamé en 2016 sa compétence pour évaluer une décision relative à une proposition de récusation préalablement refusée.

62. First, it is clear from the text of Article 52(1) that it is only an award which a party may seek to annul, not a decision which a tribunal may have taken as part of the steps leading to an award.⁵³ Thus, it is not open to a party to seek annulment of a decision not to disqualify an arbitrator (...). A party which is dissatisfied with a decision must wait until the tribunal gives its final award. Only then may it commence annulment proceedings. (...) But it is the award itself, and only the award, which the ad hoc committee can annul.

93. L'Argentine avait soulevé cette question dans les termes suivants :

88. According to Argentina, an ad hoc committee is empowered to determine whether or not such a conflict of interest exists and to annul the award if it concludes that one of the members of the tribunal manifestly lacked the qualities required by Article 14(1). That is the case irrespective of whether a challenge has been rejected by the remaining members of the tribunal in proceedings under Article 58 of the ICSID Convention. In such a case, Argentina maintains that an ad hoc committee has to approach the matter de novo and is not bound to follow the findings of fact or the ruling on the law made by the remaining members of the tribunal. Argentina contends that, if an ad hoc committee concludes that one of the members of the tribunal manifestly lacked the qualities required by Article 14(1), then it is required to annul the award. It denies that the committee has a discretion not to annul in such a case.

EDF y avait opposé que

97. the Claimants consider that the committee may not approach the matter de novo, that it is bound by the factual findings of the original decision-maker (i.e. the remaining members of the tribunal or the Chairman of the Administrative Council) and that it should defer to the legal findings of that body.

Le Comité *ad hoc* a conclu que

122. The more important question (...) is whether the fact that a case has been heard by a tribunal one or more of whose members failed to meet the requirements of independence and impartiality in Article 14(1) means that the procedure as a whole is flawed.

123. Article 52(1)(d) gives a committee power to annul an award where there has been a serious departure from a fundamental rule of procedure. It is difficult to imagine a rule of procedure more fundamental than the rule that a case must be heard by an independent and impartial tribunal. The Committee accordingly considers that, in principle, an ad hoc committee can examine under Article 52(1)(d) not only allegations that the procedure by which a challenge to an arbitrator was determined was flawed but, more importantly, allegations that the lack of independence and impartiality of an arbitrator meant that there was a serious departure from a fundamental rule of procedure in the arbitration as a whole.

¹⁰⁰ Pièce C103, *EDF International SA, SAUR International SA and Leon Participaciones Argentinas SA v Argentine Republic* (ICSID Case No ARB/03/23), Annulment Decision of 5 February 2016, accessible dans <http://bit.ly/2v08Rti>

124. (...) it is important to recall that it is only an award which can be the subject of annulment and not any previous decision of a tribunal (...). There can, therefore, be no question of an ad hoc committee annulling the decision taken by the remaining members of a tribunal under Article 58 to reject a proposal for disqualification. If an award may be tainted by the fact that a decision whether or not to disqualify an arbitrator was taken in a manner which was procedurally deficient, a fortiori an award may be tainted by the fact that the award itself was adopted by a tribunal one or more of whose members did not meet the requisite standard of impartiality and independence.

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

127. The Committee therefore concludes that the fact that an arbitrator does not meet the standard required under Article 14(1), as set out in para. 111, above, is also a ground on which an award might be annulled under Article 52(1)(a).

129. (...). there is an important difference between those cases in which the issue of disqualification has been raised under Article 57 and rejected under Article 58 and those in which it has not.

130. (...) The Committee does not consider that [Rule 9] wording precludes a party from raising the matter on annulment in a case where the facts on which a challenge can be based came to light only after the proceedings had been declared closed. As has been explained in Part III, above, an ad hoc committee is the guardian of the integrity of the procedure.

132. If the committee concludes that there has been no waiver, then it must proceed to consider the application under either or both of Article 52(1)(a) and (d). Since there has been no prior consideration of the issue under Articles 57 and 58, the committee must necessarily approach de novo the question whether there exist grounds which a reasonable third party would consider give rise to reasonable doubts whether a member of the tribunal was sufficiently independent and impartial (the standard which the Committee has already determined is the one applicable under the Convention, see para. 108, above). That is so both in terms of finding the relevant facts and making the required legal rulings. The burden of proof in respect of any assertion is on the party making that assertion.

133. (...) the test is not one of whether an arbitrator actually lacked independence or impartiality but whether a reasonable third person, with knowledge of all the facts, would consider there were reasonable grounds for doubting that an arbitrator possessed the requisite qualities of independence and impartiality

134. (...) In short, the party seeking annulment is not required to prove that a lack of impartiality or independence did have a material effect on the award but it must establish that it could have done so

135. (...) The fact that an award was rendered unanimously may be a relevant consideration in relation to the exercise of the discretion not to annul an award but the Committee does not accept that unanimity necessarily precludes annulment.

136. Accordingly, in a case in which an application for annulment is made on the basis that there were reasonable grounds to doubt the independence or impartiality of one of the arbitrators and no proposal for disqualification had been made before the proceedings were declared closed, the role of an ad hoc committee is to decide the following questions:

- (a) was the right to raise this matter waived because the party concerned had not raised it sufficiently promptly?
- (b) if not, has the party seeking annulment established facts the existence of which would cause a reasonable person, with knowledge of all the facts, to consider that there were reasonable grounds for doubting that an arbitrator possessed the requisite qualities of independence and impartiality? and
- (c) if so, could the lack of impartiality or independence on the part of that arbitrator – assuming for this purpose that the doubts were well-founded – have had a material effect on the award?

With respect to each question, the committee must approach the matter de novo.

94. Le Comité *ad hoc* de l’affaire *Suez, Sociedad General de Aguas de Barcelona S.A. and Vivendi Universal S.A.*¹⁰¹ parvient à la conclusion suivante:

“90. (...) The Committee rather agrees with the committee in EDF v. Argentina and rejects the Azurix approach as too narrow and formalistic because it prevents an ad hoc committee from playing any role in ensuring the independence and impartiality of the arbitrators – a matter ‘which goes to the very heart of the integrity of the arbitral procedure.’”

“93. In the Committee’s view, the reasons given by the EDF committee for its approach are convincing because they achieve a reasonable balance between an ad hoc committee’s important task to safeguard the fundamental integrity of the proceedings on the one hand and the appropriate respect for its limited role, given the existence of proceedings under Articles 57 and 58 as well as the generally limited nature of annulment proceedings, on the other.

The Committee considers that the threshold of plain unreasonableness leaves sufficient room for taking up the role that is intended for an ad hoc committee. Therefore, and also in the interest of achieving a certain consistency in ICSID jurisprudence on this issue, the Committee concurs with the findings of the EDF committee in its well-reasoned decision on the question of how to deal with an existing decision rendered by the remaining members of the tribunal in the underlying proceeding.”

“94. (...) the Committee agrees with the approach taken by the EDF committee and finds that the facts advanced by Respondent can amount to a ground for annulment only if the decision not to disqualify Prof. Kaufmann-Kohler was ‘so plainly unreasonable that no reasonable decision-maker could have come to such a decision.’” (...)

“188. (...) In assessing whether this is the case, the Committee will further bear in mind that the underlying purpose of this standard is to safeguard the fundamental integrity of ICSID arbitration proceedings.

189. (...) There may even be circumstances in which a failure of the challenged arbitrator to disclose substantial circumstances to the Parties could render the decision of the remaining arbitrators ‘plainly unreasonable’.”

95. L’article 4.1 des *IBA Rules of Ethics for International Arbitrators* prévoit:

¹⁰¹ *Pièce C109*, ICSID Case No. ARB/03/19, Decision on Argentina’s Application for Annulment, 5 mai 2017, accessible dans <http://bit.ly/2prirhT>

*Failure to make such ... disclosure creates an appearance of bias, and may of itself be a ground for disqualification even though the non-disclosed facts or circumstances would not of themselves justify disqualification.*¹⁰²

Le 18 septembre 2016 le Chili a dévoilé avoir des relations secrètes (« *sigilosas* ») avec des membres des Essex Court Chambers¹⁰³, et le 12 avril 2017 il a communiqué par écrit aux investisseurs espagnols que l'identité des membres de celles-ci ayant reçu de l'argent, et les montant respectifs, relevaient de l'intérêt national¹⁰⁴.

Le 24 août 2017 le Tribunal civil n° 28 de Santiago a ordonné au Ministre des Affaires Étrangères de produire les paiements effectués par l'État chilien à des membres des Essex Court Chambers depuis le 1^{er} janvier 2005 à ce jour.¹⁰⁵ Cependant le Ministre a refusé les 9 et 11 août 2017 recevoir en mains propres la notification de la résolution judiciaire¹⁰⁶, obligeant la Cour à le faire par communication écrite (« *por cédula* »). Le 5 septembre suivant le Ministre devait produire lesdits paiements et ne l'a pas fait.¹⁰⁷

96. Dans la présente affaire, le doute légitime planant sur l'impartialité du Tribunal arbitral, et particulièrement des arbitres Sir Franklin Berman QC et M. V.V. Veeder QC, résulte du choix délibéré de la Défenderesse de ne pas avoir informé ni le Tribunal, ni les Demanderesses, des liens qu'elle entretenait avec certains *barristers* des Essex Chambers au moment de la désignation des arbitres. Si une telle révélation avait été faite par la Défenderesse, nulle doute que la situation serait aujourd'hui différente, puisque les Demanderesses auraient eu, dès l'origine, la possibilité de désigner les arbitres, ou de modifier son choix, en connaissance de cause. Du fait de ce comportement de la part du Chili, les doutes que nourrissent les Demanderesses ont surgi avec des faits survenus :

- a) avant l'échéance des 120 jours établie à l'article 52(2) pour former la demande d'annulation de la sentence du 13 septembre 2016,
- b) après l'enregistrement, le 8 novembre 2016, de la Requête du 27 octobre 2016 en rectification de quatre erreurs matérielles constatées dans la sentence arbitrale du 13 septembre 2016. Cette procédure, régie par l'art. 49(2) de la Convention, fait partie du Chapitre IV, Section IV (« *De la sentence* ») et la décision fait donc partie intégrante de la Sentence de Resoumission,
- c) et les Demanderesses ont eu recours au remède de l'article 57 dans les quinze jours qui ont suivi l'enregistrement de la Requête en rectification d'erreurs et la reconstitution du Tribunal arbitral.

¹⁰² La jurisprudence anglo-saxonne est stricte à cet égard, voir Supreme Court, *Commonwealth Coatings Corp. v Continental Casualty Co.* (1968) 393 US 145, accessible dans <http://bit.ly/2qGv0K1>, ou la décision de l'English Court of Appeal dans *AT&T Corporation and Lucent Technologies Incv Saudi CableCompany* [2000] EWCA Civ 154, accessible dans <http://bit.ly/2rHflbP>, pièces C114 et C115, respectivement

¹⁰³ Pièce C141

¹⁰⁴ Pièce C138

¹⁰⁵ Pièce C110

¹⁰⁶ Pièces C181 et C182

¹⁰⁷ Pièce C191

97. Les Demanderesses ont soutenu dans la Requête du 27 octobre 2016 que le caractère continu de l'obligation stipulée à la Règle 6(2) imposait aux arbitres le devoir

1. de mener une enquête raisonnable sur les rapports entre le groupement d'avocats auquel appartiennent deux des arbitres et l'État Défendeur,
2. d'ordonner à celui-ci *full disclosure* de ces rapports ou, autrement,
3. de démissionner.

Dans sa Décision du 21 novembre 2016 le Tribunal arbitral a manqué à son devoir d'assurer ou confirmer la parfaite intégrité de la procédure en accédant à la demande de *full disclosure*

98. Le Tribunal arbitral a refusé le 21 novembre 2016 ces trois obligations. Le lendemain les Demanderesses ont recouru au remède de l'article 57 de la Convention, compte tenu du fait que dans le système du CIRDI le devoir de *disclosure* s'applique dans les circonstances spécifiques du cas d'espèce, qui ne sont certainement pas *de minimis*.

Ainsi, le Tribunal arbitral de l'affaire *Alpha v. Ukraine* après avoir étudié le rapport entre la Règle 6(2) et les Principes de l'IBA a conclu :

*Certain facts or circumstances are of such a magnitude that failure to disclose them either (1) would thereby in and of itself indicate a manifest lack of reliability of a person to exercise independent and impartial judgment or (2) would be sufficient in conjunction with the non-disclosed facts or circumstances to tip the balance in the direction of disqualification.*¹⁰⁸

99. Le 7 mars 2017 les Demanderesses ont également invoqué auprès des Autorités du Chili la loi interne régissant la transparence des administrations publiques et ont sollicité qu'elles révèlent 1) l'identité des conseils au service de l'État du Chili entre 2005 et 2017 appartenant au groupement d'avocats dont sont membres deux des arbitres du Tribunal arbitral, 2) les dates de ces services, et 3) le montant de sommes d'argent versées.

100. C'est après que dans la nuit du 29 au 30 mars 2017 le bureau de M. Victor Pey Casado à Santiago ait été systématiquement perquisitionné par des « inconnus »¹⁰⁹ qui ont fouillé le contenu de ses dossiers de manière systématique, sans dissimuler qu'ils agissaient à la manière des services de renseignement (la police judiciaire semble l'avoir ainsi compris, elle a regardé d'un autre côté¹¹⁰), que l'État Défendeur a répondu, le 12 avril 2017, que **l'identification et l'argent versé à des membres dudit groupement d'avocats depuis le 1^{er} janvier 2005 à ce jour constituait un secret relevant de l'intérêt national**¹¹¹ :

¹⁰⁸ Pièce C111, *Alpha Projektholding GmbH v. Ukraine*, ICSID Case No. ARB/07/16, Decision on Respondent's Proposal to Disqualify Arbitrator Dr. Yoram Turbowicz, §64, 19 mars 2010, accessible dans <http://bit.ly/2wwAkR5>

¹⁰⁹ Pièces C112 et C113, information publiée le 30 mars 2017 par Radio Universidad de Chile, accessible dans <http://bit.ly/2pNCXKj/>, et le 3 avril 2017 par le quotidien *La Razón* (Pérou), accessible dans <http://bit.ly/2oMDWuH>

¹¹⁰ Pièce C116, note manuscrite d'un agent de la PID (*Policia de Investigaciones*) du Chili le 30 mars 2017 remise en mains propres à M. Victor Pey Casado

¹¹¹ Voir la pièce C10, lettre des Demanderesses du 21 avril 2017 au Centre, §§5-7 et les pièces y annexées nos 1 et 5-7, accessible dans <http://bit.ly/2r0qvYS>

«Desde la fecha inicial que señala en su solicitud, esta Dirección Nacional ha trabajado con abogados miembros de la Essex Court Chambers (...)	« Depuis la date initiale indiquée dans votre demande la présente Direction Nationale a travaillé avec des avocats membres des Essex Court Chambers (...)
no es posible otorgar acceso a dicha información (...)	il n'est pas possible d'accorder l'accès à cette information (...)
divulgar sus honorarios, montos y fechas de los pagos respectivos afecta el interés nacional [lo que] se condice con lo resuelto por la Excelentísima Corte Suprema en sentencia en Recurso de Queja, de fecha 13 de enero de 2014, en autos Rol 13.510-2013.” ¹¹²	divulguer leurs honoraires, leurs montants et les dates des paiements corrélatifs affecte l'intérêt national [ce qui] est conforme à la résolution de l'Excellentissime Cour Suprême dans la sentence relative à un recours, prononcée le 13 janvier 2014, au Rol 13.510-2013. »

alors que le Chili avait porté le Centre à croire que cette information était du domaine public¹¹³ afin d'éviter la récusation proposée par les Demanderesses le 22 novembre 2016¹¹⁴, et que sur la base de cette information incomplète et biaisée le Centre a rejeté le 21 février 2017 la proposition de récusation.¹¹⁵

101. Lorsque les Demanderesses ont pris connaissance de la réponse des autorités chiliennes du 12 avril 2017 elles ont aussitôt communiqué la perte de toute confiance dans l'impartialité et la neutralité du Tribunal (art. 14(1) de la Convention)¹¹⁶, et ont sollicité qu'il soit mis fin à l'instance initiée le 27 octobre 2016.¹¹⁷

102. Les Demanderesses, elles, n'ont pas consenti, et l'API Espagne-Chili ou la Convention du CIRDI ne le permettent pas, à ce que soit placé sous secret d'État les relations entre le Chili et des membres du groupement d'avocats auquel appartiennent les arbitres, particulièrement après que ceux-ci aient refusé de mener une enquête à cet égard et/ou à procéder à la *full disclosure* corrélative, sous prétexte des normes internes de ce groupement d'avocats, sans se démettre. En contraste, les Tribunaux du CIRDI considèrent que révéler

¹¹² Voir dans la [pièce C10](#) la réponse des autorités du Chili le 13 avril 2017 à la Fondation « Président Allende » (annexe n° 1) et l'arrêt de la Cour Suprême du Chili du 13 janvier 2014 (annexe n° 5)

¹¹³ Pièce [C117](#), lettre du Chili au Centre le 16 décembre 2016, §38: « *it was public knowledge throughout the entirety of the Resubmission Proceeding that Essex Court Chambers barristers were representing Chile before the ICJ.* »

¹¹⁴ Voir [pièce C118](#), la proposition motivée de récusation du 22 novembre 2016 de deux arbitres également membres du groupement des avocats au service du Chili dont l'identité celui-ci a refusé de dévoiler le 13 avril 2017, accessibles dans <http://bit.ly/2puKXiz> (22-11-2016) et <http://bit.ly/2qQOdcN> (13-01-2017)

¹¹⁵ Voir [pièce C119](#), la décision du 21 février 2017 du Président du Comité Administratif du CIRDI rejetant la récusation des deux arbitres membres du groupement d'avocats au service du Chili, §88 : « *Les éléments de preuve présents au dossier de la procédure montrent que les informations concernant la représentation du Chili par des barristers des Essex Court Chambers dans des procédures CIJ étaient dans le domaine public et disponibles depuis décembre 2012* », accessible dans <http://bit.ly/2qYr7gT>

¹¹⁶ Art. 14(1) de la Convention: «Las personas designadas (...) deberán (...) inspirar plena confianza en su imparcialidad de juicio»

¹¹⁷ Voir la [pièce C10](#), communication des Demanderesses au Centre le 21 avril 2017 sollicitant qu'il soit mis fin à la procédure de l'article 49(2) de la Convention

ces relations est nécessaire à l'application des tests pour évaluer des éventuels conflits d'intérêts et des biais¹¹⁸ :

4. The ICSID Arbitration Rules also do not state the consequence of the arbitrator's failure to disclose a relevant fact affecting independence or impartiality of judgment. According to one source (...) discussing the UNCITRAL Rules, failure to disclose may nonetheless give rise to doubts as to an arbitrator's impartiality,²⁵¹¹⁹ (...).

103. Ni les arbitres ni l'État du Chili ne peuvent se prévaloir d'une norme interne pour manquer à leurs obligations ex articles 10(4) de l'API et 42(1) de la Convention, qui renvoient aux principes généraux du droit en la matière -dont l'intérêt de la justice, l'égalité entre les parties et leurs intérêts légitimes.

Le précédent : la fraude commise par l'État chilien à Londres en 2000

104. Le secret, délibérément dévoilé tardivement, desdites relations entre les arbitres et l'État Défendeur est encore moins acceptable
- a) Après que, le 20 septembre 2016, les Demanderesses aient sollicité formellement des arbitres qu'ils révèlent les relations entre leurs Chambers et l'État Défendeur¹²⁰,
 - b) Après que dans leur Requête du 27 octobre 2016 elles aient porté à la connaissance du Centre et du Tribunal arbitral les agissements continus -officiellement constatés- du Chili pour placer les arbitres sous influence¹²¹,
 - c) Lorsque l'on sait que le Chili agissait ici en situation de récidive. Comme les Demanderesses l'ont montré au Tribunal le 13 janvier 2017, le Chili a usé par le passé du même subterfuge pour mener une opération de dissimulation similaire lors de la procédure d'extradition du général Pinochet en Espagne -pour être jugé des crimes de génocide, de lèse humanité et terrorisme. Là encore, les conseils du Chili à Londres avaient usé et abusé de la confidentialité, afin de faire déclarer que le général Pinochet était « *unfit to stand trial* » au détriment de la même Fondation espagnole « Président Allende »¹²², partie demanderesses à l'extradition. L'opération dans son ensemble avait alors été qualifiée de **fraude** contre l'administration de la justice et le

¹¹⁸ Voir, par exemple, les tests appliqués dans les affaires CIRDI *Fábrica de Vidrios c. Venezuela*, ICSID Case No. ARB/12/21 (pièce C120), Decision on the Proposal to Disqualify L.Y. Fortier QC, 28 mars 2016, accessible dans <http://bit.ly/2wn6u03> ; *Conoco v. Venezuela*, ICSID Case No. ARB/07/30 (pièce C121), Decision on the Proposal to Disqualify L.Y. Fortier QC, 15 mars 2016, accessible dans <http://bit.ly/2fgphV2> ; *Azurix v. Argentina I* (pièce C69), Challenge Decision, 25 February 2005; *Vanessa Ventures Ltd. v. The Bolivar Republic of Venezuela* (pièce C122), ICSID Case No. ARB(AF)/04/6, Decision on Jurisdiction, 22 août 2008, pages 7-9, accessible dans <http://bit.ly/2fDlaFI> ; *Vivendi v. Argentina I*, Challenge Decision, 3 October 2001; *Suez v. Argentina II* (C123), Challenge Decision, 12 mai 2008, §44; *Rompetrol Group NV v. Romania* (pièce C124), Challenge Decision of Counsel, 14 janvier 2010

¹¹⁹ [“25. S. Baker, M Davis, *The UNCITRAL arbitration rules in practice: the experience of the Iran-United States Claims Tribunal* (1992), 50.]

¹²⁰ Pièce C125, lettre des Demanderesses le 20 septembre 2016 à Mme. la Secrétaire Générale du CIRDI

¹²¹ C126, Requête du 27 octobre 2016 en rectification d'erreurs matérielles dans la Sentence arbitrale du 13 septembre 2016, §§43 et 44

¹²² Voir pièce C127 (sous support digital, compte tenu de son poids), les Observations des Demanderesses du 13 janvier 2017 aux commentaires des arbitres MM. Berman et Veeder et de l'État du Chili, §§98 à 107 et 117, et les pièces y jointes nos. 1 à 4, 4bis, 5 à 12, accessible dans <http://bit.ly/2IKWQCc> (fr) et <http://bit.ly/2ILlliT> (es)

gouvernement britanniques par M. Jack Straw, à l'époque Ministre de l'Intérieur (voir *infra* §§118, 181).

105. Ces circonstances soulevant des doutes sur l'impartialité des trois arbitres. Le refus de ceux-ci les 16 novembre et 21 novembre 2016 et le 15 juin 2017¹²³ à mener toute enquête raisonnable n'est pas un « *an honest exercise of judgment* ». Il était dans l'intérêt légitime de la justice, des parties Demanderesse et de l'intégrité de la procédure de lever le voile, par la voie de la Règle 6(2) et ensuite de l'article 43 de la Convention, des indices circonstanciels de l'opération sous couvert visant le présent arbitrage mené par MM. Insulza et Van Kleveren - les agents du Chili entre les années 2013 et 2017 en charge des relations avec des membres des Essex Court Chambers à l'occasion de litiges auprès la C.I.J. :

*« the legitimacy of arbitral tribunals and of the arbitration system itself more generally depends on the conduct of arbitrators. Their integrity is critical and is warranted by various legal requirements. Pursuant to those, arbitrators are expected to be impartial and independent, and rules of disclosure are designed to ensure that conditions are met. (...) An arbitrator who wants to retain a client's business may have difficulty adopting the perspective of a dispassionate arbiter when it comes time to prepare a formal evaluation of the client's accounting practices. (...) How can the parties to an arbitration, or the arbitral institution itself, know whether or not a potential or actual arbitrator is impartial and independent of the parties? (...) any facts that might create doubts as to the impartiality and independence of an arbitrator should be disclosed. »*¹²⁴

106. La « confidentialité » opposée par les arbitres à ladite demande d'information, « l'intérêt national » invoqué par l'État du Chili, convergeant objectivement dans le bénéfice ou gain commun que peuvent tirer de cette opacité les arbitres, ledit groupement d'avocats et l'État Défendeur, il est raisonnable de conclure qu'en l'espèce le biais des arbitres le 21 novembre 2016 peut également être une manifestation objective de conflit apparent d'intérêts.

107. Dans le même sens, l'arrêt de la Cour de Cassation française du 16 décembre 2015 a confirmé le biais d'un arbitre du fait qu'il « *n'avait pas fait état dans sa déclaration d'indépendance* » des rapports professionnels entre des avocats de son Cabinet et l'une des parties (la société AGI) qui étaient du domaine public mais ignorées d'AGI

*« (...) au regard de l'ample publicité donnée par ce dernier [le Cabinet], la cour d'appel en a exactement déduit que, ces circonstances ignorées de la société AGI étant de nature à faire raisonnablement douter de l'indépendance et l'impartialité de l'arbitre, le tribunal arbitral était irrégulièrement constitué. »*¹²⁵

108. Résumant : le 12 avril 2017 le Tribunal arbitral a confirmé son accord à ce que l'État Défendeur ne produise pas les antécédents que les Demanderesse ont sollicité le 7 mars 2017, à savoir

¹²³ Voir les pièces C134 et 136, et les propositions des Demanderesse des 10 et 18 novembre 2016 et 9 juin 2017 dans les pièces 132, 133 et 135, respectivement

¹²⁴ Pièce C137, Helleringer (G.)-Ayton (P.), *Bias, Vested Interests and Self-Deception in Judgment and Decision-Making: Challenges to Arbitrator Impartiality*, dans Cole (Tony), The Roles of Psychology in International Arbitration, International Arbitration Law Library, Volume 40, 2017, pages 22, 33, 34

¹²⁵ Pièce 197, Cour de Cassation de France, affaire *Société Columbus acquisitions INC et la société Columbus Holdings France*, Arrêt du 16 décembre 2015, page 2

“copie de tous antécédents justificatifs qui seraient en relation

- avec des paiements effectués par ce Ministère des Affaires Étrangères ou tout établissement qui lui serait subordonné, à tout membre ou avocat des Essex Court Chambers depuis le 1^{er} janvier 2005 à ce jour,**
- toute information en relation avec le montant payé, la date de chaque paiement, et l'identification du bénéficiaire,**

en outre, et dans la mesure où cela serait possible, je sollicite la communication de l'information concernant le sujet pour lequel chaque paiement aurait été effectué et la justification corrélative. »¹²⁶

109. Or comme l'affirme le Comité *ad hoc* de l'affaire *Fraport Ag Frankfurt Airport v. Philippines* :

“The Committee considers that it has the power and duty to conduct the process before it in such a way that the parties are treated fairly and with equality and that at any stage of the proceedings each party is given the opportunity to present its case. This power and duty necessarily includes the power and obligation to make sure that generally recognized principles relating to conflict of interest and the protection of the confidentiality of information imparted by clients to their lawyers are complied with. Indeed, such principles are of fundamental importance to the fairness of the Committee's procedures, such that the Committee has the power and duty to ensure that there is no serious departure from them.”¹²⁷

La Décision du 21 novembre 2016 du Tribunal arbitral est une inobservance grave de la Règle n° 6 en rapport avec l'article 14(1) de la Convention. Excès de pouvoir et défaut de motifs

“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. Morocco*, the arbitrator appointed by the Claimants disclosed that four years after the registration of the request he had become a director of one

¹²⁶ "Copia de todos los antecedentes que digan relación -con pagos efectuados por este Ministerio de Relaciones Exteriores o cualquier repartición subordinada al mismo, a cualquier miembro o abogado de la Essex Court Chambers de Londres desde el 1 de enero del año 2005 hasta la fecha, toda la información que diga relación con el monto pagado, la fecha de cada pago, y la individualización del beneficiario, adicionalmente, y en la medida que sea posible solicito información acerca del concepto por el cual se hizo cada pago, y la justificación del mismo", pièce C138, réponse des autorités du Chili le 13 avril 2017 à un conseil de la Fondation « Président Allende »

¹²⁷ Pièce C139, *Fraport Ag Frankfurt Airport v. Philippines*, Decision on Application for Disqualification of Counsel, 18 septembre 2008, §37, accessible dans <http://bit.ly/2fAeybd>

of the Claimants. He had to resign in accordance with art. 56(3) (see Art. 56, para 38) ”¹²⁸

110. Le principe de l'égalité des parties devant les règles de procédure est à la base de toute juridiction arbitrale ; son inobservance pourrait être une cause de nullité de la sentence. Dans *Helman v Egypt* le Tribunal *ad hoc* a considéré :

WHEREAS. Tire Arbitral Tribunal considers that Regulation 22 is non applicable to the present case on the ground that it deals with publication of the Award and other procedural documents -i.e. making them available to the public in general – but do not concern the production of documents to a third party who might have a legitimate interest to have access to these documents to establish its rights; ¹²⁹

111. L'invocation de « l'intérêt national » par le Chili le 12 avril 2017 intervenant après que le 2^{ème} Tribunal arbitral ait refusé le 21 novembre 2016 la demande de *full disclosure* des rapports entre ces arbitres et l'État Défendeur, l'opacité absolue qui en découle, sont manifestement incompatibles avec l'intégrité de la procédure compte tenu des obligations de transparence, indépendance, neutralité et impartialité des arbitres qu'établissent les Règles 6(1) et 6(2) en rapport avec les articles 14(1) –« offrir toute garantie d'indépendance dans l'exercice de leurs fonction »- et 57 de la Convention.

112. En effet, dans leur requête du 27 octobre 2016 les Demanderesses avaient sollicité du 2^{ème} Tribunal arbitral qu'il

« 1. Fasse droit à la demande adressée 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 antérieures au 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 ;

- I.** *fasse droit à ce que Messieurs les arbitres membres 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,*
- II.** *Que dans le cas où, pour des raisons de confidentialité ou autres, Messieurs les arbitres membres des Essex Court Chambers ne procéderaient pas à cette enquête et/ou à la full disclosure de l'information sollicitée, qu'ils soumettent au Secrétaire Général du CIRDI leur démission volontaire (articles 8(2) du Règlement d'arbitrage et 14 de la Convention) comme arbitres du Tribunal arbitral qui devra décider la présente requête en correction d'erreurs matérielles contenues dans la Sentence du 13 septembre 2016 de full disclosure. » ¹³⁰*

¹²⁸ Schreuer (Ch.): *The ICSID Convention. A Commentary* (2001), pages 516-517, Art. 41, para 23

¹²⁹ Pièce C140, *Helman International Hotels v Egypt*, Decision on jurisdiction, 17 octobre 2005, para. 22, accessible dans <http://bit.ly/2mofRrY>

¹³⁰ Pièce C126, Requête du 27 octobre 2016 en correction d'erreurs matérielles dans la Sentence arbitrale du 13 septembre 2016, accessible dans <http://bit.ly/2mEiZ77>

113. Cette demande de *full disclosure* avait lieu après que, le 20 septembre 2016, il ait été porté à la connaissance des Demanderesses

« de sources dignes de foi, que la République du Chili aurait entretenu des relations suivies avec des membres des Essex Courts Chambers après que deux de ses membres - Sir Frank Berman, QC, et M. V.V. Veeder, QC- aient été nommés arbitres du présent Tribunal arbitral, et, en particulier, pendant le délibéré de ladite Sentence »¹³¹.

114. Il était question de la proximité marquée de plusieurs membres de ces Chambers avec l'État Défendeur survenue secrètement (*sigilosamente*), et portée à la connaissance des Demanderesses à partir du 20 septembre 2016.¹³² Ce qui est apparu par la suite est que ces Chambers constituent le principal repère des intérêts stratégiques de l'État chilien à Londres, que, de ce fait, cet État exerce une emprise objective considérable sur ce groupement de conseils, et que le 18 juin 2013, deux jours après le dépôt auprès du CIRDI de leur demande en resoumission du différend avec le Chili¹³³, le Gouvernement avait rendu public qu'il avait versé entre 2009 et 2012 **seize millions d'US\$ (US\$16.000.000)** à des conseils de l'État chilien¹³⁴. Révéler ces paiements et l'identité des personnes les ayant encaissés était conforme à la loi du Chili en matière de transparence, selon la Sentence de la Cour d'Appel de Santiago du 13 novembre 2013.¹³⁵

115. Or le 12 avril 2017 le Gouvernement chilien a invoqué une Sentence de la Cour Suprême pour ne pas fournir l'identité des *barristers* des Essex Court Chambers au service de l'État chilien entre 2005 et 2017, ni le montant des paiements effectués.¹³⁶ Cette Sentence, prononcée le 13 janvier 2014 -le jour même où des membres des Essex Court Chambers commençaient à signer la déclaration prévue à la Règle d'arbitrage n° 6(2)¹³⁷

¹³¹ Voir la lettre des Demanderesses le 20 septembre 2016 à Mme. la Secrétaire Générale du CIRDI, pièce C125, §35

¹³² Voir la déclaration publique d'un Ministre du Gouvernement chilien le 18 septembre 2016, pièce C141, accessible dans <http://bit.ly/2pfiRMA>, et la communication des Demanderesses au Centre du 13 janvier 2017, pièce C127, §§5, 14, 27(b), 66, 88, 89, 109, 110(e), accessible dans <http://bit.ly/2qQOdcN>

¹³³ Pièce C83, demande du 16 juin 2013 de resoumission du différend avec le Chili, accessible dans <http://bit.ly/2onYoou>

¹³⁴ Pièce C142, article "Defensa en La Haya costó 16 US\$ millones", La Tercera (Santiago), 22 juin 2013, accessible dans <http://bit.ly/2nRToZg>

¹³⁵ Pièce C143, arrêt de la Cour d'Appel de Santiago du 13 novembre 2013, N° Civil 4680-2012, Considérant 14^{ème} : « Que, en lo que respecta a la información de los nombres de los abogados encargados de la defensa de Chile ante la Corte Internacional de Justicia, su revelación, no puede significar entorpecer la estrategia de defensa, como pretende la reclamante, desde que no se ha pedido conocer los documentos, antecedentes, informes, memorias y contramemorias diseñados y elaborados por los profesionales, siendo ello lo verdaderamente relevante para la defensa jurídica en el pleito y por supuesto para el interés de la nación toda; sin embargo no reviste el mismo carácter, conocer sus nombres; los que por lo demás, como ya se expresara precedentemente, son plenamente conocidos por el tribunal-Corte Internacional de Justicia- que substancia el juicio, desde luego y como es obvio, también por la contraparte en el pleito y además para cualquier persona que libremente puede acceder a la información pública tanto de la Corte Internacional, como del mismo Ministerio de Relaciones Exteriores; de lo que se infiere que las afirmaciones de la reclamante no están respaldadas en antecedentes concretos y objetivos, sino que constituyen sólo apreciaciones personales y subjetivas. De forma tal, no se advierte el peligro real, concreto y determinado, para la defensa de los derechos del país (...)", accessible dans <http://bit.ly/2pqznpN>

¹³⁶ Pièce C138

¹³⁷ 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 ».

afin de devenir membres¹³⁸ du Tribunal arbitral de Resoumission¹³⁹ - avait statué, à la demande du gouvernement chilien, que l'identité et la rémunération des conseils étrangers ou chiliens prêtant service à l'État du Chili dans un litige international serait un secret relevant de « *la seguridad de la Nación o el interés nacional* ». ¹⁴⁰

116. Cette invocation de « la sécurité de la Nation » a été opposée aux Demanderesses par le Chili après que le 2^{ème} Tribunal arbitral leur ait refusé, par sa Décision du 21 novembre 2016¹⁴¹, de faire droit à la demande du 27 octobre antérieur de *full disclosure* :

*« Le Tribunal prend également note des références dans la Demande à des déclarations supplémentaires relatives à l'indépendance et à l'impartialité de deux de ses membres. Le Tribunal a été informé par Sir Franklin Berman et M. Veeder qu'une demande similaire leur a déjà été adressée précédemment par l'intermédiaire du Secrétaire général du CIRDI et a été traitée, et qu'aucun d'eux n'a quoi que ce soit à ajouter sur ce sujet. Je fais référence à cet égard au courrier du Secrétaire général en date du 12 octobre 2016 et aux courriers de Sir Franklin et de M. Veeder en date du 17 octobre 2016, qui ont été communiqués à toutes les Parties par le Secrétaire général sous le couvert de son courrier en date du 20 octobre 2016. »*¹⁴²

117. **La Décision du 21 novembre 2016 du Tribunal arbitral constitue une infraction grave à la règle de procédure établie à la Règle 6(2) selon laquelle**

« Est jointe à la présente une déclaration concernant (a) mes relations professionnelles d'affaires et autres (s'il en existe) avec les parties, passées et actuelles, et (b) toute autre circonstance qui pourrait conduire une partie à mettre en cause ma garantie d'indépendance. 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 » [soulignement ajouté],

et elle comporte l'annulabilité de la Sentence du 13 septembre 2016 pour le même motif.

118. En effet, l'opacité absolue, orchestrée depuis l'origine par l'État Défendeur, et rendue contraignante par cette décision du Tribunal, a permis le développement d'un doute légitime sur la possibilité que la procédure régie par l'article 49(2) soit utilisée par la Défenderesse comme une opération sous couverture similaire au *modus operandi* porté à la connaissance du

¹³⁸ Voir la communication de 23 décembre 2013 du CIRDI faisant savoir sa nomination de Sir Franklin Berman en qualité d'arbitre-Président du Tribunal arbitral, C144

¹³⁹ Voir les signatures de MM. Berman et Veeder les 13 et 31 janvier 2014, respectivement, devenant arbitres du Tribunal arbitral, pièces C145 et C146, respectivement

¹⁴⁰ Pièce C147, arrêt de la Cour Suprême du Chili du 13 janvier 2014, Rol N° 13510-2013, Considérant 5^{ème}, accessible dans <http://bit.ly/2nRSiNn>

¹⁴¹ Pièce C134, décision du 21 novembre 2016 du Tribunal arbitral, pièce n° 28 annexée à la Communication des Demanderesses le 22 novembre 2017 à l'attention de M. le Président du Conseil administratif du CIRDI, §§6, 69, 73, 82-84 et Conclusion n° 3, accessible dans <http://bit.ly/2lJgHhW>

¹⁴² Pièce C148, courriel de M. V.V. Veeder du 17-10-2016, annexé comme n° 71 aux Observations des Demanderesses du 13 janvier 2017 à l'attention de M. le Président du Conseil administratif du CIRDI, accessible dans <http://bit.ly/2lKWQCc> (fr) et <http://bit.ly/2lLliT> (es), pièce C127

Centre le 13 janvier 2017. À savoir, ainsi qu'il a été rappelé ci-dessus, la fraude, publiquement confirmée par l'ancien Ministre du Gouvernement britannique, M. Jack Straw, que le Gouvernement du Chili à échafaudée à l'encontre de l'administration de la Justice et du Gouvernement britanniques, en se prévalant de la « confidentialité », pour contrecarrer la bonne marche auprès de Cours de Justice anglaises d'une action judiciaire initiée par la Demanderesse Fondation Président Allende ayant pour but l'extradition de Pinochet:

« L'investisseur espagnol codemandeur– la Fondation Président Allende – s'est déjà heurtée à d'autres agissements du Gouvernement du Chili menés à Londres sous couvert de l'obligation de confidentialité. Parmi les protagonistes figuraient MM. José Miguel Insulza, Ministre chilien des Affaires étrangères, et les avocats du Chili à Londres, dont M. Alberto Van Kleveren (...).

*L'obligation de confidentialité avait été accaparée et appliquée par le Gouvernement du Chili et ses avocats à Londres à une opération sous couvert qui avait comme cible le Gouvernement du Royaume Uni et comme objectif de mettre fin, définitivement, à la poursuite effective d'une procédure judiciaire de la Fondation espagnole, la partie Demanderesse auprès de la Cour d'Assise Nationale d'Espagne (...).*¹⁴³

*Une instrumentalisation de la confidentialité, cette fois du système des barristers' chambers, est aujourd'hui appliquée dans le système CIRDI par le Gouvernement du Chili, avec une finalité similaire et au détriment de la même Fondation Demanderesse, en sa qualité, cette fois-ci, d'investisseur espagnol dans les entreprises de presse CPP S.A. et EPC Ltée. (...).*¹⁴⁴

Car MM. van Kleveren et Insulza ont précisément été des agents du Chili, le dernier entre novembre 2015 et le prononcé de la sentence arbitrale du 13 septembre 2016¹⁴⁵, dans la procédure judiciaire dans laquelle l'État chilien donne des instructions à des membres des Essex Court Chambers.

119. Les Demanderesse ont fait immédiatement objection à la Décision du 21 novembre 2016 et le lendemain elles ont formulé une respectueuse proposition motivée de récusation des deux arbitres membres des Essex Court Chambers¹⁴⁶ sur le fondement suivant

« 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 Chambers et l'État Défendeur*

¹⁴³ Pièce C127, Observations des Demanderesse à l'intention de M. le Président du Conseil administratif du CIRDI le 13 janvier 2017 (pièce y annexée n° 1), à savoir la Demande de la *Fondation espagnole Président Allende c. Augusto Pinochet et autres*, 4 juillet 1996, Cour d'Instruction Nationale num. 6, Audiencia Nacional de España, accessible seulement sous support digital compte tenu de son grand volume, dans <http://bit.ly/2hX1iNJ> (en anglais), et dans <http://bit.ly/2h020rM> (en espagnol)

¹⁴⁴ Pièce C127, Observations des Demanderesse aux commentaires des arbitres MM. Berman et Veeder et de l'État du Chili, §§98 à 107 et 117, et les pièces y jointes nos. 1 à 12, accessibles sous support digital compte tenu de son grand volume et, également, dans <http://bit.ly/2lKWQCc> (fr) et <http://bit.ly/2lLliiT> (es)

¹⁴⁵ *Ibid.*, §§21, 27, 50, 98-105

¹⁴⁶ Pièce C118, proposition motivée de récusation du 22 novembre 2016, accessible dans <http://bit.ly/2puKXiz>

2. 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*

III. LA CONVENTION DU CIRDI

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

IV. 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*
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'État du Chili et des arbitres membres des Essex Court Chambers*
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*
4. *Nemo iudex esse debet in causa sua*
5. *Révéler ou se démettre en cas de confidentialité. ».*

120. Dans cette Décision du 21 novembre 2016 le co-arbitre M. Alexis Mourre a également fait preuve de discrimination au détriment des Demanderesses en refusant d'appliquer les normes de transparence qu'il proclame dans ses publications :

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⁾¹⁴⁷ and the parties have since then been litigating before the French judiciary.⁽²⁰⁾¹⁴⁸

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 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 challenge¹⁴⁹.

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

¹⁴⁸ [20 French Cour de Cassation, Civ. 1ère, 4 Novembre 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]

¹⁴⁹ *Pièce C149, Mourre (Alexis), 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), Chapter 23, voir notamment les §§23.11, 23.21

121. En sa qualité de Président de la Chambre de Commerce Internationale (CCI, ICC en anglais), dont le siège est à Paris, M. Mourre a mis en application des principes de transparence¹⁵⁰ dont fait état la distribution, en février 2016, de la *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 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. (...)

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

¹⁵⁰ Pièce C150, ICC clarifies when arbitrators should disclose potential conflicts of interest dans Outlaw.com, 24 feb. 2016, accessible dans <http://bit.ly/2oNjlsn>

to indemnify a party for the award, should also be considered in the circumstances of each case.

(Soulignement ajouté).

122. Lorsqu'il s'est agi de révéler les rapports entre la République du Chili et des membres des Essex Court Chambers M. Alexis Mourre n'a pas accepté l'application de principes similaires en vigueur dans le système CIRDI.

123. En résumé,

- Le refus des arbitres MM. Berman et Veeder à partir du 20 septembre 2016 à mener une enquête raisonnable sur les relations entre l'État du Chili et les membres des Essex Court Chambers, le refus du Tribunal arbitral le 21 novembre 2016 de mener cette enquête et d'inviter l'État Défendeur et les arbitres MM. Berman et Veeder à révéler ces relations au Centre, au Tribunal et aux Demanderesses, constituent un manque de neutralité et d'impartialité de la part du Tribunal et de chacun de ses membres et une inobservance grave des règles de procédure applicables (Règle n° 6 en rapport avec l'article 14)1) de la Convention), sanctionnée à l'article 52(1)(a) de la Convention,
- ne pas avoir fourni de motivation à la non application de la Règle n° 6(2), sollicitée par les Demanderesses dans leur Requête du 27 octobre 2016, constitue un défaut de motifs, sanctionné à l'article 52(1)e),
- **les arbitres du Tribunal arbitral n'offrant pas de la sorte toute garantie permettant de préserver l'indépendance dans l'exercice de leurs fonctions, il y a un vice dans la constitution du Tribunal arbitral le 8 novembre 2016 devant décider la Requête du 27 octobre 2016 dans la procédure régie par l'article 49(2) de la Convention.**

<u>3. LES DÉCISIONS DES 21 FÉVRIER ET 13 AVRIL 2017 RELATIVES AUX PROPOSITIONS DE RÉCUSATION DE MM. VEEDER ET BERMAN. VICE DANS LA CONSTITUTION DU TRIBUNAL ET INOBSERVATION GRAVE D'UNE RÈGLE DE PROCÉDURE FONDAMENTALE</u>

124. Une question similaire à celle-ci a été étudiée et résolue par le Comité *ad hoc* de l'affaire *EDF v. Argentine* (§§137-145), en concluant de la manière suivante :

145. *The Committee therefore considers that its role in relation to an application for annulment based on the alleged lack of independence or impartiality of an arbitrator is a*

more limited one in a case where the remaining members of the tribunal, or the Chairman of the Administrative Council, have already taken a decision on whether that arbitrator should be disqualified than in a case where the issue of independence or impartiality is raised only after the proceedings have closed. In the former type of case, an ad hoc committee does not write on a blank sheet: it is faced with existing findings of fact and assessment of those facts, as well as with an application of the law to those facts. While a committee is not bound to uphold the decision of the remaining members of the tribunal (or the Chairman of the Administrative Council), nor can it simply disregard that decision. It is limited to the facts found in the original decision on disqualification. Moreover, commensurate with the principle that an ad hoc committee is not an appellate body, it may not find a ground of annulment exists under either Article 52(1)(a) or 52(1)(d) unless the decision not to disqualify the arbitrator in question is so plainly unreasonable that no reasonable decision-maker could have come to such a decision. [Soulignement ajouté].

125. Le Comité *ad hoc* de l'affaire *Azurix v Argentina* a interprété l'article 58 de la Convention en rapport avec l'article 52¹⁵¹ de la manière suivante :

284. The Committee understands this argument to raise the possibility that a decision under Article 58 on a proposal for disqualification might itself be annulled on any of the grounds of annulment in Article 52(1). The Committee notes that this possibility seems at odds with the literal wording of Article 52, which provides only for annulment of the award. However, the Committee does consider that it is self-evident that a decision under Article 58 must, for instance, be taken by the correctly constituted body, and that such decision must not manifestly exceed the powers of the body taking the decision. If these requirements are not met, the proposal for disqualification will not have been properly decided under Article 58. There will thus have been a material noncompliance with a fundamental provision relating to the constitution of the tribunal, with the consequence that the tribunal was not "properly constituted" within the meaning of Article 52(1)(a).

290. The Committee notes that (...) a duty to state reasons for a decision under Article 58 might be considered implicit.

1. La Décision du 21 février 2017 du CIRDI relative à MM. Berman et Veeder est déraisonnable et ne peut pas être opposée dans les circonstances de l'espèce à une application effective des articles 14(1), 52(1)(d) et e) de la Convention et de la Règle 6

126. La Décision du 21 février 2017 de M. le Président du Conseil Administratif du CIRDI est de nature administrative et constitue un excès de pouvoir et une inobservance grave de la Règle n° 6 et de l'article n° 57 de la Convention, car le devoir de *disclosure* est permanent, même si les faits sont dans le domaine public. La demande de *disclosure* avait été formulée avant le quinzième jour¹⁵² après l'enregistrement le 8 novembre 2016 de la requête régie par

¹⁵¹ Pièce C69, *Azurix Corp. v. The Argentine Republic*, Decision on the Application for Annulment of the Argentine Republic, ICSID Case No. ARB/01/12, 1 September 2009, Dr. Gavan Griffith, Q.C., Judge Bola Ajibola, Mr. Michael Hwang, S.C., accessible dans <http://bit.ly/2u2liA8>

¹⁵² Contrairement à l'article 11 du Règlement UNCITRAL, qui établit « 1. A party that intends to challenge an arbitrator shall send notice of its challenge within 15 days after it has been notified of the appointment of the challenged arbitrator, or within 15 days after the circumstances mentioned in articles 11 and 12 became known to that party », l'article 57 de la Convention du CIRDI n'établit pas de délai

l'article 49(2) et la reconstitution du Tribunal arbitral¹⁵³, et le jour après le refus par celui-ci de la demande de *disclosure*.¹⁵⁴

127. Même si on acceptait qu'un *barrister* ne connaît pas ou n'a pas à connaître les rapports avec l'État chilien d'un autre *barrister* et n'a pas le devoir de *disclosure* –*quod non*–, **une fois connu que ces rapports existent le fait de refuser de mener une enquête raisonnable met objectivement en question l'indépendance et/ou l'impartialité de l'arbitre.**

128. Dans l'affaire *Universal Compression v. Venezuela* le Président du Conseil Administratif du CIRDI a proclamé comme règle générale la *disclosure* :

As a general matter, parties to investment arbitrations have an interest in knowing any facts or circumstances that may exist that may give rise to doubts about an arbitrator's independence and impartiality. Indeed, as is reflected in Arbitration Rule 6(2), disclosure by arbitrators of any such facts or circumstances is required.

*When Professor Stern was made aware that "some parties to ICSID arbitration want not only that private information be disclosed, but also that public information be released by an arbitrator at the time of making the declaration," she submitted a letter providing information about all other appointments by Venezuela.*¹⁵⁵

129. La Décision du 21 février 2017 (hors-délai) n'a pas l'autorité de la chose jugée et enfreint l'article 57 de la Convention et Règle 6 (2) selon les principes de portée général rappelés, également, par le Tribunal arbitral de l'affaire *Tidewater v. Venezuela* :

*Arbitration Rule 6(2) does not limit disclosure to circumstances which would not be known in the public domain. The wording of this rule is all encompassing without distinguishing among categories of circumstances to be disclosed*¹⁵⁶.

*The Two Members agree with Tidewater that in general, in considering the scope of her duty of disclosure, the arbitrator may not count on the due diligence of the parties' counsel. As pointed out by Tidewater, arbitrators will always be in 'the best position to gather, evaluate, and disclose accurate information relevant to their potential conflicts.'*¹⁵⁷

130. Selon Karel Daele¹⁵⁸:

1-017. The drafting history of the ICSID Rules supports this point. When this disclosure standard was inserted in 1984, the drafters could simply have copied the disclosure language that was already available from the 1978 ICSID Arbitration (Additional) Facility Rules.

¹⁵³ Pièce C151, le Centre communique aux arbitres et aux parties «*que j'ai enregistré aujourd'hui la Demande, conformément à l'article 49(2)(a) du Règlement d'arbitrage du CIRDI. Je vous prie de trouver ci-joint la notification d'enregistrement*» de la Requête de rectification d'erreurs matérielles contenues dans la Sentence arbitrale du 13 septembre 2016

¹⁵⁴ Pièce C134, décision du 21 novembre 2016 du Tribunal arbitral

¹⁵⁵ Pièce C152, *Tidewater v. Venezuela*, decision on the proposal to disqualify Prof. Brigitte Stern and Prof. Guido Santiago Tawil, 20 May 2011, §§90, 94 accessible dans <http://bit.ly/2qoV4XP>

¹⁵⁶ Voir p. ex. pièce C105, *Tidewater v. Venezuela*, ICSID Case No ARB/10/5, Challenge Decision of 23 December 2010, §46, accessible dans <http://bit.ly/2nNuObI>

¹⁵⁷ *Ibid.*, §51

¹⁵⁸ Pièce C153, Daele (Karel), *Challenge and Disqualification of Arbitrators in International Arbitration*, International Arbitration Law Library, Volume 24(© Kluwer Law International; Kluwer Law International 2012)

These required the disclosure of ‘past and present professional, business and other relevant relationships (if any) with the parties’ (emphasis added).⁽¹⁰⁾ The use of the word ‘relevant’ limited the disclosure to relations of some significance to the dispute. The same formula could have been used in ICSID Rule 6(2) but it was not. The word ‘relevant’ was dropped, a fact that needs to be honoured.

1-023 The question of whether or not a circumstance must be disclosed, must thus be answered from the perspective of the parties. The reference to ‘a party’ indicates that a subjective standard is adopted whereby the judgment of the parties is decisive in order to determine whether the arbitrator must make a disclosure or not.

1-026 A good example is the use of English barristers in international arbitration (...) non-English parties and counsel are far less familiar with the concept of barrister chambers and, in their eyes, the membership of the same chambers of the arbitrator and a counsel appearing in the arbitration may well give rise to doubts. In the face of such a party, the membership should be disclosed by the arbitrator.

1-028. (...) the test for disqualification is an objective one. The test for disclosure and the test for disqualification are thus of a different nature.

1-037. The issue as to whether a fact requires disclosure is to be viewed from the perspective of the parties. That is the meaning of the ‘may be questioned by the parties’ language in ICSID Rule 6(2)(b). (...) exempted information in the public domain from disclosure (...) such exemption is nowhere to be found in the ICSID Rules and it has been rejected in other ICSID challenge decisions that will be analyzed.

131. Le Tribunal de l’affaire *Suez v. Argentina* a considéré que

generally speaking, independence relates to the lack of relations with 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. Thus Webster’s Unabridged Dictionary defines ‘impartiality’ as “freedom from favoritism, not biased in favor of one party more than another.”¹⁵⁹ Thus it is possible in certain situations for a judge or arbitrator to be independent of the parties but not impartial.¹⁵⁹

132. Les faits allégués dans la respectueuse proposition motivée de récusation du 22 novembre 2016 sont avérés par les éléments de preuve objectifs développés et/ou annexés aux communications des Demanderesses dès le 22 novembre 2016 et 13 janvier 2017.¹⁶⁰ Ces faits et preuves remplissent, ainsi, les conditions requises pour justifier une proposition de récusation par l’article 57 de la Convention du CIRDI en rapport avec la Règle d’arbitrage n° 6(2), en vertu de laquelle les deux arbitres ont signé les 13 et 31 janvier 2014 la déclaration établie dans cette Règle.

133. Conformément à l’article 31 de la Convention de Vienne sur le droit des traités, ratifiée par l’Espagne et le Chili, l’article 14(1) de la Convention CIRDI et la Règle 6(2) doivent être interprétés de bonne foi suivant le sens ordinaire à attribuer aux termes du traité dans leur contexte et à la lumière de son objet et de son but. Et, comme l’affirme la C.I.J.,

¹⁵⁹ Pièce C154, *Suez, Sociedad General de Aguas de Barcelona SA and Vivendi Universal SA v The Argentine Republic*, ICSID Case No ARB/03/19, Decision on the Proposal for the Disqualification of a Member of the Arbitral Tribunal, 22 October 2007, §29, accessible dans <http://bit.ly/2uCJtGc>

¹⁶⁰ Pièces C118 et C127

« chaque fois que possible, les mots doivent être interprétés de manière à avoir un effet utile »¹⁶¹.

134. Or, la Décision 21 novembre 2016 du Tribunal arbitral et celle du 21 février 2017 du CIRDI ont privé en l'espèce d'effet utile la Règle 6(2) en rapport avec l'article 14(1) de la Convention.

135. Dans une étude publiée en 2016, le Prof. James Crawford soutient que

« *The standard of disclosure of potential conflicts of interest in Rule 6(2) appears to be concerned not only with manifest cases of lack of independence—or more strictly, of reliability—but also with situations that might give rise to serious, reasonable reservations about an arbitrator's ability to act independently. (...) The disqualification of arbitrators can be compared with how tribunals have dealt with the exclusion of a particular counsel* ¹⁶² (soulignement ajouté).

En conséquence, poursuit le Prof. Crawford, les arbitres doivent être soumis au même test que les conseils comme l'a fait le Tribunal CIRDI *Hrvatska Elektroprivreda v Slovenia*¹⁶³ dans un conflit apparent d'intérêts entre des membres des Essex Court Chambers (le Président du Tribunal et le conseil d'une partie), afin de

preserve the integrity of the proceedings and, ultimately, its Award. Undoubtedly, one of the 'fundamental rules of procedure' referred to in Article 52(1)(d) of the ICSID Convention is that the proceedings should not be tainted by any justifiable doubt as to the impartiality or independence of any Tribunal member (...) in the present circumstances.

Le Prof. Crawford continue:

*The tribunal noted that '[t]he objection in this case is not predicated on any actual lack of independence or impartiality, but on **apprehensions of the appearance of impropriety**', clarifying that the problem does not stem from a 'manifest' lack of impartiality or independence as such (ibid para 22).*

136. Les circonstances dans l'étape processuelle régie par l'article 49(2) de la Convention ont certainement l'apparence d'*impropriety* et, par-dessus le marché, soulèvent également des doutes légitimes quant à l'impartialité de MM. les arbitres.

137. Rappelons que la conclusion à l'égard des Essex Court Chambers, de portée générale, du Tribunal de l'affaire *Hrvatska Elektroprivreda v Slovenia* part de la prémisse, que le Tribunal a accepté, que dans le système CIRDI les **barristers' chambers should be treated in the same way as law firms** :

¹⁶¹ Pièce C155, CIJ, *Affaire Relative à l'application de la Convention Internationale sur l'élimination de toutes les formes de discrimination raciale (Géorgie c. Fédération de Russie)*, Arrêt 1er avril 2011, §134, accessible dans <http://bit.ly/2vRT1hv>

¹⁶² Pièce C156, Crawford (James), *Challenges to Arbitrators in ICSID Arbitration*, Oxford Scholarship Online, January 2016, pages 7-8

¹⁶³ Pièce C157, *Hrvatska Elektroprivreda DD v The Republic of Slovenia*, ICSID Case No ARB/05/24, Order Concerning the Participation of a Counsel (6 May 2008), §30 (David A.R. Williams QC, Charles N. Brower, Jan Paulsson), et dans le §32: "*The Tribunal's conclusion about the substantial risk of a justifiable apprehension of partiality leads to a stark choice: either the President's resignation (...) or directions that [the challenged counsel] cease to participate in the proceedings*", accessible dans <http://bit.ly/2omi6Aw>

*“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**;*

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 (...)¹⁶⁴ (soulignement ajouté).

138. La doctrine du Tribunal de l’affaire *Hrvatska Elektroprivreda v Slovenia* et les conséquences logiques qu’en tire le Prof. Crawford sont pertinentes et pleinement applicables au cas d’espèce, compte tenu de la décision du Tribunal arbitral du 21 novembre 2016 et du comportement de l’État Défendeur dans l’instance régie par l’article 49(2) de la Convention, qui apparaissent objectivement concordants

- a) pour nier, passer sous silence ou feindre d’ignorer qu’ils ont omis de mener une enquête raisonnable et de communiquer au Centre et aux Demanderesses les rapports considérables existant entre l’État Défendeur et des membres des Essex Court Chambers recevant des instructions de l’État Chilien ou d’un organisme appartenant à celui-ci, de même que l’envergure des rétributions financières que ces membres ont perçues, et continuent à percevoir, de la République du Chili alors que le présent arbitrage est en cours,
- b) pour tenter de couvrir cette opacité absolue avec les réponses communiquées à Mme. la Secrétaire Générale en décembre 2016 par les deux arbitres, elles-mêmes évasives sinon biaisées.¹⁶⁵

139. **Par conséquent, la décision du 21 février 2017 du Président du Conseil administratif du CIRDI est déraisonnable. Elle constitue une inobservance grave de la Règle n° 6 et un excès de pouvoir ne pouvant pas valider le vice existant dans la constitution du Tribunal arbitral dans l’étape processuelle régie par l’article 49(2) de la Convention, le manque d’impartialité et de neutralité des arbitres, et son inobservance grave des règles de procédure applicables lors du traitement de la proposition de récusation du 22 novembre 2016.**

140. **Il s’en suit que le Comité *ad hoc* doit annuler la Sentence arbitrale conformément à l’article 52(1), lettres (a), (b) et (d).**

¹⁶⁴ *Ibid.*, §§19 et 23

¹⁶⁵ L’analyse de ces réponses figure dans les observations des Demanderesses du 13 janvier 2017, §§38-87, pièce C127, accessible dans <http://bit.ly/2qQOdcN> (fr) et <http://bit.ly/2ILlIiT> (es)

2. La Décision du 13 avril 2017 du CIRDI relative à M. V.V. Veeder est déraisonnable, entraînant la nullité de la Sentence

141. Lors du traitement de la proposition de récusation soulevée le lendemain de ladite décision du Tribunal arbitral du 21 novembre 2016, sont survenues les éléments démontrant l'existence de biais manifeste et d'infraction aux articles 14(1), 57 et 58 de la Convention à la base des respectueuses récusations motivées des 23 février (de M. V.V. Veeder Q.C.), 28 février et 4 mars 2017 (de Sir Franklin Berman Q.C.),¹⁶⁶ cette dernière à cause de la lettre de M. Berman du 13 mars 2017 enfreignant l'article 58 de la Convention¹⁶⁷, toutes rejetés dans la Décision du 13 avril 2017 de M. le Président du Conseil Administratif du CIRDI.¹⁶⁸
142. Comme indiqué *supra* (§§95, 114), dès le 20 novembre 2016 les Demanderesses avaient soutenu la survenance secrète (*sigilosa*), durant la procédure de Resoumission d'une vaste prise en charge d'intérêts stratégiques de la République du Chili par des membres des Essex Court Chambers.
143. À la supposer établie, cette survenance donnait lieu à la crainte légitime d'une emprise marquée de l'État défendeur sur ce groupement de conseils, et, partant, d'un motif légitime pour soulever le conflit d'intérêts impliquant deux arbitres et l'une des parties à la procédure *ex* article 49(2) de la Convention, et donc de nature à justifier leur récusation.
144. A l'appui de cette position, les Demanderesses avaient cité la démission de l'un des deux arbitres, M. V.V. Veeder QC, de la fonction de Président du Tribunal dans l'affaire *Vannessa c. Vénézuela*¹⁶⁹, démission dont l'une des causes était précisément constituée par l'objection strictement parallèle et **objective** soulevée dans ladite affaire par les conseils du Vénézuela -qui sont aujourd'hui les conseils de l'État du Chili dans les procédures de

¹⁶⁶ Pièces C158, C159, propositions de récusation de M. Veeder les 23 et 28 février 2017, accessibles dans <http://bit.ly/2rfUU68> et <http://bit.ly/2qwBsAY>, respectivement; pièce C173, Observations de M. Veeder le 6 mars 2017 à la proposition de récusation; pièce C174, observations du Chili à la proposition de récusation de MM. Veeder et Berman; pièce C163, Commentaires des Demanderesses le 21 mars 2017 relative aux Observations de M. Veeder et au silence de M. Berman, accessible dans <http://bit.ly/2wFnWhR>; pièce C164, Observations des Demanderesses le 24 mars 2017 aux Observations de l'État du Chili, accessible dans <http://bit.ly/2rfKxPP>

¹⁶⁷ Pièce C160, lettre de Sir Franklin Berman au CIRDI le 1^{er} mars 2017, accessible dans <http://bit.ly/2qvtxaX>; pièce C161, proposition de récusation motivée de M. Berman le 4 mars 2017, accessible dans <http://bit.ly/2rfxXQI>; pièce C162, lettre des Demanderesses le 11 mars 2017 relative à l'absence de participation de M. Berman dans la procédure de récusation de M. Veeder, accessible dans <http://bit.ly/2wG0WzI>

¹⁶⁸ Pièce C165, accessible dans <http://bit.ly/2vuhhIX>

¹⁶⁹ Pièce C166, *Vannessa Ventures Ltd. c. Venezuela*, ICSID Case No. ARB(AF)/04/6, transcription des audiences, accessible dans <http://bit.ly/2h6neGo>

Resoumission et correction d'erreurs dans le cadre de l'article 49(2) de la Convention-, tenant à l'appartenance aux Essex Court Chambers d'un membre visiblement proche de l'autre partie, puisque sa participation à la défense de *Vannessa* était ouvertement révélée (cas similaire mais manifestement moins sensible que l'emprise survenue secrètement de l'État Défendeur sur lesdites *chambers*, impliquant de surcroît en l'occurrence non un mais deux arbitres sur trois) :

« 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 apparu qu'un autre membre des Essex Court Chambers avait des rapports avec l'une des parties¹⁷⁰ :

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].

145. Or M. Veeder, dans sa réponse du 11 décembre 2016¹⁷¹ faisait savoir que sa démission dans l'affaire *Vannessa* était exclusivement motivée par une circonstance -présentée ostensiblement comme sans rapport avec la proximité d'un autre membre des Essex Court Chambers avec l'une des parties, à laquelle faisaient référence les Demanderesses-, et consistant en une prise de connaissance de l'implication d'un autre *barrister* avec lequel il travaillait dans des affaires sans connections avec aucune des parties dans *Vannessa* :

Save for one matter, I think it inappropriate here to add to the written response made by my letter dated 17 October 2016 addressed to the Claimants' counsel (...).

That matter relates to my voluntary resignation in 2007 as the presiding arbitrator in the ICSID arbitration, Vannessa Ventures v Venezuela (ICSID Case No ARB/05/24). The Claimants' counsel (who was not personally involved) has misunderstood the relevant circumstances in that case, citing it several times in support of the Claimants' challenge (e.g. see paragraph 39 of the Claimants' said challenge and Pieces 1, 4, 10, 12, 13 & 17).

I resigned in that ICSID arbitration [Vannessa] because I learnt at the jurisdictional hearing, for the first time, that one of the counsel acting for the claimant (Vannessa Ventures) was an English barrister who was, at that time, also co-counsel with me acting for a different party in a different and unrelated ICSID Case. I did not resign because he and I were both members of the same barristers' chambers. Before the jurisdictional hearing, I did not know that this counsel was acting for Vannessa Ventures.(...) The circumstances in Vannessa Ventures related to an actual conflict caused by counsel within the same arbitration and not to counsel extraneous to

¹⁷⁰ Proposition motivée de récusation de Sir Franklin Berman et M. V.V. Veeder le 22 novembre 2016 pour un conflit apparent d'intérêts entre l'État du Chili et les deux arbitres également membres des Essex Courts Chambers, §39, pages 7-9, pièce C118

¹⁷¹ Pièce C167

*the arbitration. To my understanding, the former circumstances are not present in this case (nor so alleged by the Claimants).*¹⁷² (Soulignement ajouté).

146. Ce qui était requis consistait pourtant exclusivement à déterminer **objectivement** :

→ d'une part si la constatation d'une connexion serrée entre un autre membre des Essex Court Chambers et l'une des parties à l'affaire *Vannessa*, soulevée par les conseils de l'autre partie, le Venezuela, se trouverait -au vu du compte rendu des audiences- clairement exclue des motifs ayant participé à entraîner la démission de M. Veeder dans cette affaire, comme celui-ci l'a soutenu en signalant à cet égard **ce qu'il a considéré comme l'erreur du Conseil des investisseurs espagnols, découlant de sa non implication dans cette procédure** :

→ d'autre part, dans la négative, et toujours objectivement, déterminer si le fait pour M. Veeder d'avoir, dans sa réponse du 11 décembre 2016, soutenu officiellement l'exclusion objective de ce motif, a constitué une prise de position à la fois induite --car inexacte-- et en faveur d'une partie, et au détriment des autres.

147. Cette détermination **objective** est devenue possible grâce aux pièces de l'affaire *Vannessa* produites par les Demanderesses auprès du Secrétariat du CIRDI le 21 mars 2017.¹⁷³

148. Les Demanderesses ont indiqué, à l'appui de leur allégation, qu'il s'agissait bien là d'un motif valable pour soulever le conflit d'intérêts, à savoir le fait que la proximité visible d'un membre des Essex Court Chambers auxquelles appartenait également l'un des arbitres – M. V.V. Veeder QC- était également un motif à la base de la demande de démission de ce dernier en 2007 dans l'affaire *Vannessa contre Venezuela*.

149. Ce motif **objectif** avait été soulevé dans *Vannessa* en 2007¹⁷⁴ précisément par ceux qui sont aujourd'hui représentants de la République du Chili dans la procédure initiée le 27 octobre 2016 dans le cadre de l'article 49(2) de la Convention du CIRDI et qui, en conséquence, sauf intervention inversant le sens et l'effet de leur objection dans *Vannessa*, ne pouvait pas disqualifier raisonnablement l'allégation parallèle -dans un contexte beaucoup plus sensible- de proximité secrète (« *sigilosa* ») soutenue par les Demanderesses.

¹⁷² *Ibid.*, communication du 11 décembre 2016 de M. V.V. Veeder au Centre relative à la proposition de récusation du 22 novembre 2016

¹⁷³ Pièce C168, Venezuela's letter of 03-04-2007 on the attendance of Ch. Greenwood to the hearing, accessible dans <http://bit.ly/2vz7cbT> ; pièce C169, ICSID Letter of 27-04-2007 re Declarations of Arbitrators V.V. Veeder et Charles Brower, accessible dans <http://bit.ly/2fC7FGn> ; pièce C170, ICSID letter of 04-05-2007 on the attendance of Mr. Christopher Greenwood to the hearing, accessible dans <http://bit.ly/2fCoQr9> ; pièce C166, transcription des audiences du 6 mai 2007, accessible dans <http://bit.ly/2h6neGo> ; pièce C171, ICSID Letter of 11-05-2007 re Suspension of Proceedings accessible dans <http://bit.ly/2uDmpXW> ; pièce C172, Decision on Jurisdiction, 22-08-2008, accessible dans <http://bit.ly/2fDlaFI>

¹⁷⁴ Pièces C168 et C172

150. C'est dans ce contexte que les Demanderesses ont examiné les déclarations de M. Veeder des 11 décembre 2016 et 6 mars 2017, dans lesquelles seuls les faits et les relations objectives entre eux sont concernés, reprochant à la communication de M. Veeder à l'intention du Président du Conseil Administratif du Centre datée du 11 décembre 2016¹⁷⁵ non pas un comportement isolé, mais l'enchaînement/conjonction objectif de comportements qui ont apporté, **objectivement**, un soutien injustifié à une partie au détriment des autres.

151. Si M. Veeder avait dit le 11 décembre 2016 que l'une des parties à l'affaire *Vannessa* avait soulevé la proximité manifeste d'un autre membre des Essex Court Chambers, auxquelles appartient M. Veeder, avec l'autre partie, mais que ce n'était pas ce qui l'avait incité à démissionner, M. Veeder aurait reconnu

a) la réalité de l'objection portant sur fait de la proximité, mais

b) articulé une dimension différente (peut-être objective, peut-être subjective) qui demeurerait relativement neutre dans le contexte, comme ayant été déterminante pour lui.

152. Au lieu de cela les communications de M. Veeder du 11 décembre 2016 et du 6 mars 2017 ont pris soin

- D'éliminer, et donc d'occulter au Centre, l'articulation avec l'une des objections soulevées par les conseils du Venezuela relative à un conflit **objectif** apparent d'intérêts de M. Veeder pour lequel on lui demandait de se démettre dans l'affaire *Vannessa*¹⁷⁶, un précédent que les investisseurs espagnols avaient allégué comme similaire à celui soulevé dans la procédure en correction d'erreurs initiée le 27 octobre 2016, et invitant également en conséquence M. Veeder à se démettre¹⁷⁷ ;
- De mettre l'allégation des Demanderesses sur le compte d'une erreur découlant de la non implication du conseil de M. Pey et de la Fondation espagnole dans l'affaire *Vannessa*, donnant clairement à entendre que s'il avait été présent cette erreur n'eût pas été possible, ciblant ainsi de manière ostensible la dimension objective d'un tel motif (voir §17 *supra*) :

La communication de M. Veeder au Centre du 6 mars 2017 (pièce C173)

¹⁷⁵ Voir la communication de M. Veeder au Centre du 11 décembre 2016, pièce C167, et les §§23-24 de la proposition de sa récusation pour cette tromperie du 23 février 2017, pièce C158

¹⁷⁶ Voir pièce C172, la Decision on Jurisdiction du 22 août 2008 dans l'affaire *Vannessa Ventures Ltd. c. Venezuela*, page 9, accessible dans <http://bit.ly/2kQhfHh>, annexée à la proposition de récusation du 23 février 2017 -pièce C158- comme pièce n° 25, et les §§1, 2, 18, 23-34, 38 de la proposition de récusation de M. Veeder du 23-02-2017, et les §§1-6, 9-18, 22-29 de la proposition de récusation de M. Berman du 4 mars 2017 -pièce C161-, et les §§ 1, 12-18, 20-31, 36-38 de celle de M. Veeder du 28 février 2017 -pièce C159.

¹⁷⁷ Voir la lettre des Demanderesses au Tribunal arbitral du 10-11-2016 -pièce C132e- et la proposition de récusation du 22-11-2016 pour un conflit apparent d'intérêts avec l'État Défendeur -pièce C118- §§1, 2, 35, **39-42**, 51, 68, accessible dans <http://bit.ly/2puKXiz>

§3. (...) they [Claimants] could not know this other arbitration's relevant events from the subsequent tribunal's published jurisdictional decision and award, as these events were known to me as the presiding arbitrator in that arbitration.

M. Veeder invoquait ici son autorité et sa connaissance du dossier *Vannessa* pour tenter de déformer certaines des affirmations des Demanderesses, continuer à les disqualifier et à occulter au CIRDI le conflit précis d'intérêts soulevé par les conseils du Vénézuëla dans *Vannessa* que les conseils de M. Pey Casado et la Fondation Président Allende avaient allégué pour inviter M. Veeder à se démettre dans la procédure initiée le 27 octobre 2016 :

§6. (...) It is not correct, as the Claimants appear to suggest, that I knew of Professor G's involvement since 20 May 2005 (paragraph 26(1) of their Second Proposal).¹⁷⁸

§12. That debate was cut short when I decided, with the consent of my two arbitral colleagues, to resign from the tribunal. I did so for three cumulative reasons: first, because I felt professionally uncomfortable at my acting as the presiding arbitrator when one party's leading counsel in that arbitration (Professor G) was also acting with me as co-counsel in another (albeit unrelated) pending arbitration; second, because it was unclear to me whether the tribunal, in the particular circumstances of that case, had any power to exclude Professor Gas counsel from the arbitration under the tribunal's procedural orders, the ICSID Convention or the ICSID Arbitration Rules; and, third, because the respondent was maintaining its strong objection to Professor G participating in the arbitration, which the claimant was continuing to dispute no less strongly.

15. First, the Claimants advance grave allegations of dishonesty, mendacity and bias against me throughout their Second Proposal: see (inter alia) paragraphs 26¹⁷⁹, 31¹⁸⁰, 34¹⁸¹ and 38¹⁸² of

¹⁷⁸ M. Veeder a modifié ici le contenu littéral de ce §26(1) pour mieux le disqualifier : il n'y est pas écrit ce que M. Veeder a affirmé mais : « L'identité de Christopher **Greenwood**, avait été communiquée douze jours avant le hearing, **le 25 avril 2007**, au Tribunal arbitral dont depuis le 20 mai 2005 le président était précisément M. Veeder » (souligné dans l'original)

¹⁷⁹ §26 : « dans le texte de la Decision on Jurisdiction du Tribunal de l'affaire *Vannessa Ventures v. Venezuela*, du 22 août 2008, où sur la base de faits objectifs il est établi, noir sur blanc, que **M. Veeder n'a pas appris at the jurisdictional hearing**, qui a eu lieu à la date du 7 mai 2007, la présence d'un barrister membre de ses mêmes Chambers, mais antérieurement » (souligné dans l'original)

¹⁸⁰ §31 : « La communication que M. Veeder a adressée le 11 décembre 2016 au Centre est donc sciemment incomplète, voire trompeuse, en ce qu'elle occulte cette objection précise, rigoureusement parallèle à celle soulevée par les Demanderesses le 22 novembre 2016, et qui avait été spécifiquement soulevée en 2007 par ceux qui sont aujourd'hui les conseils de la République du Chili dans la présente affaire. »

¹⁸¹ §34 : « Le deuxième élément de la preuve de l'omission mensongère figure dans les pièces suivantes : 1) **La communication du Centre du 27 avril 2007 et les déclarations y jointes de deux membres du Tribunal arbitral** relatives à un membre des Essex Court Chambers, 2) **Les observations du 3 mai 2007 de la représentation du Venezuela, partie Défenderesse**, auxdites déclarations du 27 avril de 2007, 3) **La lettre que le 4 mai 2007 le Tribunal a adressée à la partie Demanderesse**, l'invitant à faire des observations à celles du 3 mai de la Défenderesse, 4) **La transcription de la partie des audiences tenues le 7 mai 2007** où les parties expriment leur point de vue relatif à la participation d'un membre des Essex Court Chambers dans l'affaire ; la partie où M. Veeder démissionne de la Présidence du Tribunal arbitral, et 5) La décision des co-arbitres d'accepter la démission de M. Veeder. »

¹⁸² §38 : « En l'espèce, ladite réponse de M. Veeder est intervenue 1) dans le contexte général décrit dans la communication des Demanderesses au Centre du 22 novembre 2016 ci-jointe (pièce n° 7, §53), et dans les circonstances spécifiques suivantes : 2) l'information omise le 11 décembre 2016 avait été identifiée le 27 novembre précédent comme étant importante pour déterminer l'absence d'impartialité ou d'indépendance de l'arbitre ; 3) Cette omission-négation, sur un détail précis soulevé par lui-même, M. Veeder ne l'a pas faite par inadvertance ; 4) elle était intentionnelle ; 5) elle n'est pas un effet de la probité de l'arbitre ; 6) elle constitue une tentative de cacher une information nullement en rapport avec des questions de confidentialité ; 7) alors que les cinq pièces identifiées supra n'étaient pas disponible publiquement, et, par conséquent, 8) elle n'est pas 'the result of an honest exercise of judgment' ».

their Second Proposal. I dispute each and every such allegation. I am however content to let the relevant facts speak for themselves.

16. Second, in paragraph 33 of their Second Proposal, the Claimants appear to suggest that I have colluded in this arbitration with counsel for the Respondent. If this suggestion is being made, it is wholly incorrect.

17. Third, as explained above, I have here made use of contemporary documentation in my possession that is not available to the Claimants.

153. Bref, c'est la conjonction par laquelle M. Veeder donne un contenu objectif à son affirmation de non pertinence d'autre chose que ce que, lui, avance le 11 décembre 2016¹⁸³, et confirme le 6 mars 2017¹⁸⁴, comme motif exclusif de sa démission, chronologie à l'appui, pour bâtir un schéma de certitude objective, alors que cette chronologie et les faits dans l'affaire *Vannessa* infirment un tel schéma.

154. **Le cœur de la question réside finalement dans les cinq pièces énumérées à la page 9 de la Décision sur la compétence dans *Vannessa*.**¹⁸⁵

155. La lettre du 6 mars 2017 de M. Veeder en 20 points et 5 pages a été fournie au CIRDI plus de 15 jours avant l'expiration du délai que le Centre lui a imparti, de sorte que les conseils du Chili, qui connaissaient lesdites cinq pièces de l'affaire *Vannessa* -alors méconnues des Demanderesses- ont pu ajuster leur réponse du 21 mars 2017 à celle de M. Veeder.

Cela précisément alors qu'un problème redoutable se posait aux représentants de la République du Chili dans la présente affaire (Me. Di Rosa et Mme. Gehring Flores) en ce qu'ils étaient présents et avaient soulevé en 2007, dans l'affaire *Vannessa*, exactement la même objection que celle présentée dans la procédure initiée le 27 octobre 2017 par les Demanderesses dans l'affaire Pey Casado -dans un cas considérablement plus sensible- objection que les conseils de la République du Chili devaient néanmoins tenter de disqualifier.

Et voilà que M. Veeder, tout en affirmant qu'il n'a rien à faire observer, confirme le 6 mars 2017 l'échafaudage de sa lettre au Centre du 11 décembre 2016 tendant, précisément, à démontrer qu'il est objectivement exclu que quoi que ce soit d'autre qu'une coïncidence d'activités avec Mr. Greenwood sur une autre affaire, sans rapport avec aucune des parties dans *Vannessa*, ait entraîné sa démission.

Et ce déroulement s'achève par cette circonstance également remarquable, que les mêmes conseils d'Arnold & Porter agissant aujourd'hui en qualité de conseils de l'État du Chili, dans leur réponse au Centre le 16 décembre 2016 parviennent à faire valoir la position

¹⁸³ Pièce C167

¹⁸⁴ Pièce C173

¹⁸⁵ Pièces C168, C169, C170, C171, C172

diamétralement opposée à celle qu'ils ont soutenue dans l'affaire *Vannessa*, en l'étayant précisément par référence à cette circonstance elle-même qui, sans la construction hâtive de M. Veeder le 11 décembre 2016, établissait exactement le contraire :

« Ex-R34. Letter from V. V. Veeder to ICSID, 11 December 2016 (explaining that the reason that he resigned in the *Vannessa Ventures* arbitration was because there was an “**actual** conflict,” and was **not** because he and one of the attorneys acting for the claimant were both members of the same barristers’ chambers)”, *Chile’s Response to Claimant’s Request for Disqualification*” (souligné dans l’original) ¹⁸⁶.

C’est cet ensemble structuré qui fournit surabondamment l’apparence objective de soutien à une partie au détriment de l’autre par M. Veeder : l’exclusion – annoncée comme objectivement démontrable par M. Veeder- de toute prise en considération desdites objections soulevée par les conseils du Vénézuëla (aujourd’hui du Chili) dans sa démission.

M. Veeder conteste avoir appris depuis mai 2005 -ce que personne n’a soutenu !¹⁸⁷- que Mr. Greenwood était l’un des conseils du demandeur qui apparaissait devant lui dans l’affaire *Vannessa*. Il affirme n’avoir appris cela que deux ans plus tard, *at the jurisdictional hearing* de 2007, lorsqu’il reçut du demandeur dans l’affaire *Vannessa* la liste de ses conseils pour la procédure sur la compétence. Il a écrit à ce moment-là, le 27 avril 2007, que cette nomination de M. Greenwood comme conseil du demandeur n’affectait pas son « *independence, impartiality or ability to serve on this Tribunal.* »¹⁸⁸

Il affirme le 6 mars 2017¹⁸⁹ avoir décidé de démissionner pour trois raisons. *La première* parce que M. Greenwood était conseil avec lui dans un autre arbitrage en cours. *La deuxième* parce que M. Veeder ne voyait pas clair en ce qui concerne le pouvoir qu’aurait son Tribunal d’écarter M. Greenwood en qualité de conseil. *La troisième* parce que la défenderesse maintenait sa forte opposition à la participation de M. Greenwood, réclamée tout aussi fortement par le demandeur.

Il prend soin de ne pas y ajouter la *quatrième* raison, celle précisément que M. Pey et la Fondation espagnole affirment qu’il a occultée au Président du Conseil administratif du CIRDI, à savoir que la défenderesse dans *Vannessa*, le Vénézuëla, demandait la non-participation de Mr. Greenwood aux audiences sur la compétence du fait **également de l’appartenance de celui-ci aux mêmes Essex Court Chambers que M. Veeder.**

Un fait est certain. Il n’est pas nécessaire de critiquer M. Veeder et de rejeter les trois raisons qu’il avance pour justifier sa démission en l’affaire *Vannessa*. Ces trois raisons relèvent de sa conscience.

¹⁸⁶ Communication de la représentation du Chili au Centre le 16 décembre 2016, pièce C117, note en bas de page n° 91, pièce n° 9 de la proposition de récusation; la lettre de M. Veeder au Centre le 11 décembre 2016, pièce C167, figure dans la pièce n° 8 annexée à la récusation de M. Berman le 4 mars 2017, pièce C161

¹⁸⁷ Voir la note n° 186 *supra*

¹⁸⁸ Pièce C169

¹⁸⁹ Pièce C173

Mais rien n'empêche tout observateur objectif d'avancer une autre raison, plus concrète, plus directe, et plus acceptable, qui est l'appartenance de MM. Veeder et Greenwood aux mêmes *Chambers*, soulevée par les conseils du Vénézuëla et qui figure explicitement dans lesdites cinq pièces¹⁹⁰, et, à chaque fois, mentionnée en première indication, et sans la moindre esquisse d'une exclusion.

C'est donc l'examen de ces raisons qui permet de savoir si les trois motifs de M. Veeder sont acceptables comme exhaustifs ou s'il existe un autre motif, plus vrai, **objectif**, à savoir celui qu'il a occulté au Centre dans sa réponse du 11 décembre 2016¹⁹¹.

156. Les Demanderesses ont soutenu auprès du CIRDI que c'est le 11 décembre 2016 qu'est survenue dans la présente procédure la tromperie -sous la forme d'une omission délibérée- de M. Veeder dans sa réponse au Centre lors du traitement d'un conflit apparent d'intérêts dans la présente procédure régie par l'article 49(2) de la Convention. Cette forme de tromperie M. Veeder l'a réitérée dans sa communication au Centre du 6 mars 2017.

157. 1^{ère} information incomplète, voire mensongère, le 6 mars 2017 : les rapports serrés entre l'une des parties et un autre membre des Essex Court Chambers dans la même affaire a été un motif de conflit d'intérêts ayant participé **objectivement** à la demande de démission de l'arbitre M. Veeder par les conseils du Vénézuëla.

En conséquence, ce qu'il s'agissait de déterminer objectivement est,

- d'une part, si la constatation d'une connexion serrée avec un autre membre des mêmes *Chambers* et l'une des parties à ladite affaire *Vannessa*, soulevée par les conseils de l'autre partie, se trouverait clairement exclue – au vu des documents où les développements sont consignés- des motifs ayant participé à entraîner la démission de M. Veeder dans cette affaire. Cela correspond aux deux premiers alinéas de la lettre de M. Veeder au Centre du 6 mars 2016¹⁹² ;

- et d'autre part -au cas de réponse objectivement négative dans le cas d'espèce- si le fait pour M. Veeder d'avoir, dans sa communication du 11 décembre 2016, soutenu officiellement l'exclusion objective, a constitué **objectivement** une prise de position biaisée en faveur de la partie chilienne et au détriment des autres, permettant -en faisant parvenir cette affirmation en avance par rapport au calendrier établi par le Centre- aux représentants du premier de surmonter l'obstacle découlant de ce que c'était ces mêmes représentants actuels du Chili qui avaient soutenu -s'agissant d'une configuration beaucoup moins sensible- l'incompatibilité en question dans l'affaire *Vannessa*.

¹⁹⁰ Ces cinq pièces figurant en annexe à la communication que le 21 mars 2017 les Demanderesses ont adressée au Centre, elles sont accessibles dans les pièces C166, C167, C168, C169, C175, ci-jointes

¹⁹¹ Pièce C167

¹⁹² 1. I refer to paragraph (iii) of M. Garel's letter dated 1 March 2017 inviting me, as the arbitrator to whom the Claimants' Second Proposal relates, to furnish any observations to the Chairman of the Administrative Council in accordance with Rule 9(3) of the ICSID Arbitration Rules. 2. Given the controversies between the Parties over the Claimants' successive proposals and the pending status of this proceeding, I think it best to leave the merits or demerits of the Second Proposal to the Chairman with no contribution from me – save for my observations on the following matters

Les pièces de l'affaire Vanessa parlent d'elles-mêmes

Malgré la tentative visant à maintenir les pièces figurant aux archives du CIRDI indisponibles aux Demanderesses, qui en ont demandé l'accès en vain¹⁹³, ces dernières sont parvenues, à la toute dernière extrémité, à se les procurer auprès des parties de l'affaire Vanessa.

Or, la lettre du 3 mai 2007, au bas de laquelle figurent les noms de Me Paolo di Rosa et Gaela K. Gehring Flores (Arnold & Porter LLP)¹⁹⁴ avait soulevé de manière précise le conflit **objectif** apparent d'intérêts que M. Pey Casado et la Fondation espagnole ont posé dans la présente affaire et que M. Veeder (accompagné par la représentation du Chili le 16 décembre 2016¹⁹⁵) a délibérément occulté au Centre:

Lettre du Venezuela le 3 avril 2007¹⁹⁶ Réponse de M. Veeder le 6 mars 2017¹⁹⁷

<u>Le conflit objectif d'intérêts tel qu'il est soulevé dans la lettre du 3 avril 2007 du Venezuela au CIRDI renvoie aux principes de l'IBA :</u>	<u>Dans sa communication Mr. Veeder dénature le sens et la portée de la lettre du Venezuela du 3 mai 2007, de manière à supprimer les arguments similaires à ceux soulevés par M. Pey et la Fondation espagnole, y compris la référence aux principes de l'IBA dans ladite lettre :</u>
<i>The troubling nature of Professor Greenwood's participation in the upcoming hearing is confirmed by the principles underlying the IBA Guidelines on Conflicts of Interest in International Arbitration. Specifically, with respect to Mr. Veeder's ties to Professor Greenwood, the IBA Guidelines provide that <u>an arbitrator sharing membership in the same barristers' chambers</u> with counsel for one of the parties presents circumstances which may give rise to justifiable doubts as to the arbitrator's impartiality or independence. (1)</i> [Nbp] "(1)See IBA Guidelines for Conflicts of Interest in International Arbitration, Practical Application of General Standards §3 ("The Orange List is a non-exhaustive enumeration of specific situations which (depending on the facts of a given case) in the eyes of the parties may give rise to justifiable doubts as to the arbitrator's impartiality or independence."); <i>id.</i>, Orange List, Article 3.3.2 (An Orange List conflict exists when "[t]he arbitrator and ... the counsel for one of the parties are members of the same barristers' chambers."). <i>The IBA Working Group appreciated the distinction between barristers' chambers and law firms and noted that <u>barristers</u></i>	8. By letter of Thursday, 3 May 2007, the respondent notified the tribunal and the claimant of the respondent's objection to the participation of Professor G at the jurisdictional hearing. The respondent referred to my disclosure of 27 April 2007 to the effect that Professor G was a door-tenant at Essex Court Chambers from which I practised, a co-arbitrator with me in a separate ICSID arbitration and co-counsel with me in another ICSID arbitration. The respondent also referred to the second arbitrator's different association with Professor G, as also separately disclosed by that second arbitrator in ICSID's same letter of 27 April 2007

¹⁹³ Cfr la pièce C198, les Demanderesses sollicitent du Secrétariat du CIRDI l'accès à 5 pièces de l'affaire Vanessa, 13 mars 2017

¹⁹⁴ Pièce C168, annexée également à la communication du 21 mars 2017 des Demanderesses au Centre, page 2

¹⁹⁵ Voir *supra* nbp n° 193

¹⁹⁶ Pièce C168

¹⁹⁷ Pièce C173

<u>within the same barristers' chambers enjoy comparative independence relative to partners within the same law firm. Nonetheless, the Working Group felt it appropriate to categorize this type of relationship as an Orange List conflict.</u> See IBA Working Group, Background Information on the IBA Guidelines on Conflicts of Interest in International Arbitration, 15 Bus. LAW INT'L 433, 455-56 (2004). » (Soulignement ajouté).	
---	--

158. 2^{ème} information incomplète, voire mensongère, le 6 mars 2017 : l'occultation de la prise en considération explicite lors des audiences du conflit d'intérêts entre des barristers des mêmes Chambers dans Vanessa, à la base de la démission de cet arbitre, comme M. Pey et la Fondation espagnole le soutenaient¹⁹⁸

159. En effet, M. Veeder a également occulté l'essentiel de ce qui a été débattu lors des audiences du 7 mai 2007 auxquelles participaient les conseils du Venezuela, parmi lesquels les conseils actuels du Chili. Ces derniers, s'appuyant précisément sur ce courrier réponse de M. Veeder - fourni le 11 décembre alors qu'il devait intervenir postérieurement à la communication chilienne - n'hésiteront pas à soutenir auprès du CIRDI, le 16 décembre, l'extériorité totale de la position qu'ils avaient prise en 2007 aux considérations liées à la démission de M. Veeder.

Lesdits conseils avaient pourtant personnellement entendu M. Veeder prendre acte de l'application en pleine séance des Principes de la International Bar Association (IBA) en matière de conflits d'intérêts dans l'arbitrage international :

<u>Audiences du 6 mai 2007</u>	<u>M. Veeder écrit le 6 mars 2017</u>
<u>Le conflit objectif d'intérêts tel qu'il est soulevé par les conseils de Venezuela lors des audiences du 6 mai 2007</u>¹⁹⁹ :	<u>Dans sa lettre du 6 mars 2017 M. Veeder omet entièrement la référence explicite lors des audiences à des arguments similaires à ceux soulevés par M. Pey et la Fondation espagnole, y compris les références aux principes de l'IBA :</u>
<i>Veeder: (...) the Respondent is invoking the IBA, "Guidelines on conflict of Interest in international Arbitration, a private document, albeit published by the IBA. If we look at General Standard 7, which is at page 15 of the little booklet, it seeks to impose a duty on parties to inform an Arbitrator, the Arbitral Tribunal, the other parties in the arbitration institution or other appointing authority if any, about any direct or indirect</i>	-----

¹⁹⁸ Voir dans la pièce C174bis la communication des Demanderesses adressées à l'État du Chili -et également aux arbitres MM. Berman et Veeder- le 13 octobre 2016 (accessible dans <http://bit.ly/2rfhDPD>) invoquant l'article 14(1) de la Convention du CIRDI et les Principes pertinents de la IBA; dans la pièce C133 la demande adressée le 18 novembre 2016 au Tribunal arbitral, et dans la pièce C118 la proposition de récusation du 22 novembre suivant pour un conflit apparent d'intérêts entre l'État Défendeur et deux des arbitres

¹⁹⁹ Pièce C166, page 10, heure 10:14:57, annexée également à la communication du 21 mars 2017 des Demanderesses au Centre, page 2, accessible dans la pièce C163 et <http://bit.ly/2rA6cVJ>

<i>relationship between it — I leave out certain words – and the Arbitrator.</i>	
--	--

Que disait ce Standard n° 7 lu par M. Veeder en ouvrant les audiences ? Exactement ce que M. Pey Casado et la Fondation espagnole soutenaient dans la procédure ex article 49(2) de la Convention et que M. Veeder et les représentants du Chili ont occulté le 11 décembre 2016 tout en disqualifiant leur avocat (*Claimants' counsel (who was not personally involved) has misunderstood the relevant circumstances in that case*)²⁰⁰ :

Standard (7) Duty of Arbitrator and Parties²⁰¹

(a) A party shall inform an arbitrator, the Arbitral Tribunal, the other parties and the arbitration institution or other appointing authority (if any) about any direct or indirect relationship between it (or another company of the same group of companies) and the arbitrator. The party shall do so on its own initiative before the beginning of the proceeding or as soon as it becomes aware of such relationship.

(b) In order to comply with General Standard 7(a), a party shall provide any information already available to it and shall perform a reasonable search of publicly available information.

© An arbitrator is under a duty to make reasonable enquiries to investigate any potential conflict of interest, as well as any facts or circumstances that may cause his or her impartiality or independence to be questioned. Failure to disclose a potential conflict is not excused by lack of knowledge if the arbitrator makes no reasonable attempt to investigate.

Explanation to General Standard 7:

To reduce the risk of abuse by unmeritorious challenge of an arbitrator's impartiality or independence, it is necessary that the parties disclose any relevant relationship with the arbitrator. In addition, any party or potential party to an arbitration is, at the outset, required to make a reasonable effort to ascertain and to disclose publicly available information that, applying the general standard, might affect the arbitrator's impartiality and independence. It is the arbitrator or putative arbitrator's obligation to make similar enquiries and to disclose any information that may cause his or her impartiality or independence to be called into question.

160. 3^{ème} information trompeuse, le 6 mars 2017

M. Veeder a communiqué au CIRDI le 6 mars 2017 que

It was and remains my firm recollection that I resigned as the presiding arbitrator because I had been made aware that the claimant had instructed as co-counsel, Professor G, a person who at that time was acting with me as co-counsel in another ICSID arbitration and that the claimant had not disclosed these instructions until shortly before the jurisdictional hearing. It was entirely my decision. That factor was, to my mind, the relevant factor for the Claimants' First Proposal, rather than the strict chronology of events in the days preceding the jurisdictional hearing to which the Claimants appear to attach such significance.

²⁰⁰ Communication de M. V.V. Veeder QC au CIRDI le 11 décembre 2016, pièce C167

²⁰¹ *IBA Guidelines on Conflicts of Interest in International Arbitration*, version approuvée le 22 mai 2004 par le Council of the International Bar Association, accessibles dans <http://bit.ly/2m8FSjn>

*That debate was cut short when I decided, with the consent of my two arbitral colleagues, to resign from the tribunal. I did so for three cumulative reasons: first, because I felt professionally uncomfortable at my acting as the presiding arbitrator when one party's leading counsel in that arbitration (Professor G) was also acting with me as co-counsel in another (albeit unrelated) pending arbitration; second, because it was unclear to me whether the tribunal, in the particular circumstances of that case, had any power to exclude Professor G as counsel from the arbitration under the tribunal's procedural orders, the ICSID Convention or the ICSID Arbitration Rules; and, third, because the respondent was maintaining its strong objection to Professor G participating in the arbitration, which the claimant was continuing to dispute no less strongly.*²⁰² (Soulignement ajouté).

161. Les documents figurant au dossier d'arbitrage *Vannessa* démentent catégoriquement tous les points de cette déclaration de M. Veeder du 6 mars 2017.

162. En effet, si c'est bien le 25 avril 2007 que le Centre a communiqué au Tribunal arbitral (par conséquent à M. Veeder) que M. Greenwood était avocat de la Demanderesse dans l'affaire *Vannessa*²⁰³, dix jours après M. Veeder n'avait pas démissionné.

Lorsqu'il a ouvert les audiences le 7 mai 2007 à 10 heures²⁰⁴, il n'a manifesté aucun souci concernant la participation de M. Greenwood. La seule question qu'il a soulevée portait sur le point de savoir si la partie Défenderesse maintenait, ou pas, son objection relative au conflit d'intérêts soulevé dans sa lettre citée du 4 mai : rien à voir avec la *first reason* spécifiée par M. Veeder le 6 mars 2017.

163. Tout aussi inexactes sont la seconde et la troisième *reasons* communiquées par M. Veeder au CIRDI le 6 mars 2017, car

- à 10 :36 M. Veeder avait fait connaître sa disposition à rester dans le Tribunal arbitral après que M. Greenwood aurait été exclu de l'affaire *Vannessa* :

10:36: "President Veeder: (...) I do not consider that I can continue in this arbitration as chairman of this Tribunal unless both parties expressly consent to my doing so now, and Professor Greenwood withdraws from this case with immediate effect.

- à 11 :29 *Vannessa* avait retiré ce barrister, sans *strong objection* :

We are willing to have Mr. Greenwood withdraw as counsel.

M. Greenwood était donc devenu à 11 :29 un *counsel extraneous to the Vannessa arbitration*, mais M. Veeder n'a pas démissionné pour autant.

Le fait que M. Greenwood « *was, at that time, also co-counsel with me acting for a different party in a different and unrelated ICSID Case* » n'a donc pas été la cause de la démission de

²⁰² Pièce C173, page 2, communication de M. Veeder au CIRDI le 6 mars 2017, points 4 et 12

²⁰³ Pièce C169, annexée également à la communication du 21 mars 2017 des Demanderesse au Centre, page 1

²⁰⁴ Pièce C166, transcription des audiences du 6 mai 2007

M. Veeder, contrairement à ce qu'il avait écrit au Centre le 11 décembre 2016 (voir le §145 *supra*).

M. Veeder n'a donc nullement démissionné lorsqu'il est apparu au cours des audiences qu'à **11 :29 M. Greenwood avait été écarté de l'affaire Vanessa.**

M. Veeder n'a pas plus démissionné quand les avocats de la Défenderesse lui ont fait savoir, à 11 :30, qu'ils lui demandaient de quitter le Tribunal arbitral alors même que M. Greenwood avait déjà été écarté de l'affaire Vanessa :

*Mr. President, Venezuela does consider this whole issue a very serious one, which of course is why we raised it, and we are under instructions that (...) **we are not in a position to consent to the your remaining as Chairman***²⁰⁵ (soulignement ajouté).

Le motif ? : les liens, dans les Essex Court Chambers, de l'arbitre-Président avec un conseil de l'autre partie à l'arbitrage.

C'est après quinze minutes de délibération avec les deux autres co-arbitres que M. Veeder est revenu devant les parties et a fait la déclaration suivante (11 :46) :

Veeder²⁰⁶: *"I cannot, in these circumstances, continue as president of this Tribunal, and accordingly I shall forthwith submit my resignation as a member of this Tribunal in accordance with Article 14, subparagraph C3) of the arbitration additional facility rules"*²⁰⁷.

Or, que restait-il comme motif ? Les liens, dans les Essex Court Chambers, entre l'arbitre-Président et un conseil « *extraneous to the arbitration* » mais en rapport potentiel avec l'autre partie. Exactement comme dans l'affaire Pey Casado/Fondation Président Allende c. la République du Chili.

Ce qui dément totalement l'articulation invoquée par M. Veeder comme motif principal d'une prétendue distinction entre les deux cas (Vanessa et Pey Casado) : « *The circumstances in Vanessa Ventures related to an actual conflict caused by counsel within the same arbitration, and not counsel extraneous to the arbitration...* » [soulignement ajouté].

La preuve est ainsi produite : M. Veeder a manqué à la vérité dans ses communications au CIRDI des 11 décembre 2016 et 6 mars 2017 d'un façon visant à écarter la similitude marquée des deux cas, à l'avantage de l'État Défendeur, en affirmant

²⁰⁵ *Ibid.*, page 16, 11:29:58

²⁰⁶ *Ibid.*, page 16, 11:46:33

²⁰⁷ ICSID arbitration additional facility rules, n° 14: "**Replacement of Arbitrators after Constitution of the Tribunal. (...) (3) An arbitrator may resign by submitting his resignation to the other members of the Tribunal and the Secretary-General. If the arbitrator was appointed by one of the parties, the Tribunal shall promptly consider the reasons for his resignation and decide whether it consents thereto. The Tribunal shall promptly notify the Secretary-General of its decision**" accessible dans <http://bit.ly/2nLUMIp>

« *that I resigned as the presiding arbitrator because I had been made aware that the claimant had instructed as co-counsel, Professor G...* ».

Les pièces ci-annexées C166 et C168 à C171 démontrent que la réponse que M. Veeder a adressée au Centre le 11 décembre 2016²⁰⁸ s'est révélée incomplète, trompeuse et de nature à apporter objectivement une aide à l'une des parties pour se démarquer des positions affirmées par ses propres conseils dans un cas similaire.

Ce comportement démontre, de manière objective, que M. V.V. Veeder QC ne présente pas le niveau d'impartialité, de neutralité et véracité, voire l'honnêteté, exigé aux articles 14(1) et 57 de la Convention du CIRDI dans la procédure initiée sous l'égide de l'article 49(2).

164. Le for intérieur de M. Veeder n'est pas pertinent en l'espèce, pas plus que les autres allégations ayant été effectuées par les différentes parties et arbitres dans l'affaire *Vannessa*.

La gravité de la distorsion volontaire des articulations ayant présidé à la démission de M. Veeder dans *Vannessa*, à laquelle il s'est livré délibérément une deuxième fois dans sa communication du 6 mars 2017, réside dans le fait que cela souligne que M. Veeder a identifié à quel point la présence d'un *barrister*/arbitre appartenant aux mêmes *chambers* qu'un autre *barrister* ayant des rapports professionnels avec l'une des parties, pourrait se révéler sensible dans le cas *Pey Casado*.

Une portée rendue manifeste par ce qui a eu lieu dans *Vannessa v. Vénézuëla*, dont les protagonistes étaient précisément M. Veeder et les conseils du Chili dans la présente procédure, et donc à occulter. Démarche révélant à la fois la pleine conscience et la duplicité sous-jacente.

Cela d'autant plus que l'articulation occultée démontre clairement que le 6 mars 2017 M. Veeder se rend compte de ce qu'elle met en évidence, à savoir : l'existence dans *Vannessa* d'un conflit **objectif** apparent d'intérêts soulevé dans l'intérêt de leur client par les conseils du Vénézuëla (conseils du Chili dans la présente procédure) dès lors que le lien des deux *barristers* des Essex Court Chambers est connu [cas de l'affaire *Vannessa*, M. Greenwood était visible comme conseil de celle-ci]. Alors que ce qui constitue le point central de la contestation soulevée par les investisseurs espagnols est que ceux-ci ont été privés de ce recours par le maintien de la survenance de ces liens **secrets**... jusqu'à la révélation publique le 18 septembre 2016 de l'existence de relations **sigilosas** de l'État du Chili auprès des Essex Court Chambers, confirmées dans la lettre du Chili du 12 avril 2017²⁰⁹, alors que, de surcroît, le conflit d'intérêts touche deux arbitres sur trois, dont le Président !

L'occultation/distorsion concordante à laquelle s'est livrée M. Veeder le 6 mars 2017, et les représentants du Chili le 16 décembre précédent, révèle tout à la fois qu'ils avaient pleinement conscience de la nature spécifique et du bien-fondé de la position des Demanderesses relative à un conflit apparent d'intérêts dévoilé par ce qui avait été portée à

²⁰⁸ Pièce C167, jointe également à la communication du 21 mars 2017 des Demanderesses au Centre

²⁰⁹ Pièce C138

leur connaissance le 20 septembre 2016, et que M. Veeder a néanmoins tout fait pour la disqualifier dans l'intérêt exclusif de l'État Défendeur.

165. **Par conséquent, la décision du 21 février 2017 du CIRDI constitue une inobservance grave des obligations établies à la Règle n° 6 et à l'art. 14(1) de la Convention, et un excès de pouvoir ne pouvant pas valider, le vice dans la constitution du Tribunal arbitral lors de l'étape processuelle régie par l'article 49(2) de la Convention, le manque de neutralité et d'impartialité de M. Veeder et l'inobservance grave des règles de procédure applicables lors du traitement de la proposition de récusation de M. Veeder du 23 février 2017. Il s'en suit que le Comité *ad hoc* doit annuler la Sentence arbitrale conformément à l'article 52(1), lettres (a), (b) et (d).**

*

V. La lettre de M. Berman du 1^{er} mars 2017 et la Décision du 13 avril 2017 du CIRDI relative à M. Berman constitue une inobservation grave des articles 57 et 58 de la Convention, un excès de pouvoir, une inobservation grave d'une règle fondamentale de procédure et un défaut de motifs

166. Le Comité *ad hoc* de l'affaire *Klöckner* (1) avait déterminé, citant la célèbre affaire *Orinoco Steamship Company* :
- “the Permanent Court of Arbitration (Award of October 25, 1910, Scott, p. 226) held that excessive powers may consist, not only in deciding a question not submitted to the arbitrators, but also in misinterpreting the express provisions of the agreement in respect of the way in which they are to reach their decisions, notably with regard to the legislation or the principles of law to be applied.’ Excess of powers may consist of the non-application by the arbitrator of the rules contained in the arbitration agreement (compromis) or in the application of other rules.”²¹⁰ [Soulignement ajouté]*
167. Dans la communication adressée au Centre le 24 février 2017 relative à la proposition de récusation de M. Veeder, les Demanderesses avaient précisé, entre autres, que

« Du point de vue de la théorie des apparences, qu'un membre des Essex Courts Chambers puisse statuer, dans lesdites circonstances spécifiques de l'espèce, sur l'indépendance et la neutralité d'un autre membre des mêmes Chambers, est objectivement très problématique.

Les Demanderesses estiment qu'il existe un conflit objectif d'intérêts, renforcé par la nature même du sujet à traiter et entraînant une incompatibilité radicale.

Les Demanderesses ignorent si Sir Franklin Berman s'est d'ores et déjà volontairement désisté (...).

Compte tenu de ce que dispose la Règle d'arbitrage n° 9(1) (soumettre la demande dans les plus brefs délais), et du devoir de préserver l'intégrité de la procédure arbitrale, en vertu des

²¹⁰ Pièce C7, *Klöckner* (I), §59

articles 14(1), 57 et 58 de la Convention les Demanderesses rédigeront et soumettront à Mme. la Secrétaire Générale, dans les plus brefs délais, les fondements additionnels de récusation de Sir Franklin Berman QC pour décider de la demande de récusation concernant l'arbitre M. Veeder. »

168. « *Se désister* » signifie en français « *Renoncer volontairement à un droit, à une prétention, à une procédure en justice* » (dictionnaire Larousse), en anglais *to stand down*, *to withdraw* (dictionnaire Collins), en langue castillane *abandonar* (dictionnaire de la Real Academia).

Ni le substantif *abstention* ni le verbe *s'abstenir*, ni des synonymes, ne figurent dans cette lettre du 24 février.

169. N'ayant pas eu de réponse, dès le 28 février 2016 les Demanderesses ont soumis l'existence d'un conflit apparent d'intérêts entre MM. Veeder et M. Berman et ont formulé la respectueuse proposition de récusation du deuxième conformément aux articles nos. 14(1), 57 et 58 de la Convention et 9(1) du Règlement d'arbitrage du CIRDI.

Lorsqu'une récusation est acceptée la conséquence est celle prévue à la troisième phrase de l'article 58 et aux Règles nos 10 et 11, c'est-à-dire une vacance dans le Tribunal « *résultant de la récusation* » (Règle n° 11(1)).

Or le contenu de la lettre du 1^{er} mars 2017 que M. Berman a adressée à Mme. la Secrétaire Générale du CIRDI après avoir lu la lettre des Demanderesses du 24 février témoignait **d'un défaut de motifs et d'un biais qualifié défavorable évident à l'égard de celles-ci, incompatible avec des principes fondamentaux du droit -due process- et le niveau d'exigence de neutralité et impartialité des articles 57, 14(1) et 42(1) en rapport avec les articles 52(1)e) et 52(1)d) de la Convention du CIRDI.**

170. M. Berman a indiqué dans sa lettre – avant même d'avoir entendu toutes les parties et pris connaissance de l'information contenue dans les pièces de l'affaire *Vannessa*²¹¹ – que la récusation de M. Veeder ne constituait qu'un appel (*appeal (sic)*) de la décision du 21 février de M. le Président du Conseil administratif du CIRDI²¹². Ce qui montre qu'il n'a pas pris le soin de noter qu'elle reposait sur des éléments procédant de ressorts déterminants totalement différents, et qu'elle n'était pas adressée à un organe supérieur et distinct de celui qui avait pris la décision du 21 février. Il a donc manifestement préjugé hâtivement d'une question, prenant parti, contre les Demanderesses, et montrant que la qualité d'impartialité requise était remise en cause dans la procédure initiée le 27 octobre 2016 portant sur la correction des erreurs matérielles contenues dans la Sentence arbitrale du 13 septembre 2016²¹³.

²¹¹ Pièces C160, C166, C168, C169, C170, C171, C172

²¹² Pièce C119, décision du 21 février 2017 considérant hors délai la proposition du 22 novembre 2016 récusant MM. Berman et Veeder pour un conflit apparent d'intérêts avec la République du Chili, accessible dans <http://bit.ly/2m6ee35> (fr) et <http://bit.ly/2mRmbJj> (en)

²¹³ Pièce C126, demande de correction d'erreurs de la Sentence arbitrale du 13 septembre 2016, formulée le 27 octobre 2016 et accessible dans <http://bit.ly/2mEiZ77>

Après que M. Berman ait pris connaissance que, en ce qui concernait la proposition de récusation de M. V.V. Veeder QC du 23 février 2017 pour tromperie à l'intention du CIRDI, sa position avait été communiquée le jour même aux parties et au Tribunal par le Secrétariat du Centre

under the terms of Article 58 of the ICSID Convention and ICSID Arbitration Rule 9, the decision on this new challenge falls to be decided by Me, Mourre and myself, as the two remaining members of the Tribunal.

M. Berman avait recommandé au Secrétariat le 1^{er} mars que

it would be more conducive to the health of the arbitration system under the Convention and the Rules if the new challenge, like the old, were to be heard and decided by the Chairman of the Administrative Council. That would not, in my view, be in any sense incompatible with the provisions of the Convention and the Rules, taken in their entirety.

Cette recommandation, contraire au sens littéral, au contexte et au but de l'article 58, a été mise en pratique par le Secrétariat le jour même du 1^{er} mars :

« Sir Franklin Berman QC a informé le Secrétaire-Général du CIRDI qu'il s'abstiendrait d'examiner et de se prononcer sur la Proposition (cf. courrier ci-joint) ... Compte tenu de la décision de Sir Franklin Berman QC, la proposition des Demanderesse [du 28 février 2017] en ce qui le concerne est devenue sans objet. »²¹⁴

171. Cette coïncidence immédiate entre M. Berman et le Centre a porté les Demanderesses le 4 mars 2017²¹⁵ à une erreur dont elles se sont aperçues en faisant la traduction en langue espagnole et qui a été corrigée sur le champ²¹⁶ dans leur communication au Centre du 11 mars suivant indiquant :

« 7. L'extrême partialité du contenu de la lettre du 1^{er} mars de M. Berman à l'encontre des Demanderesses les ayant alarmées, elles ont formulé tout de suite la respectueuse proposition de récusation du 4 mars 2017.

8. Dans cette proposition figure une erreur que les Demanderesses rectifient ici (et éviteront dans la traduction en langue espagnole en préparation), à savoir que les Demanderesses seraient d'accord avec cette abstention de l'arbitre.² Les Demanderesses affirment leur plein respect de l'objet comme de la finalité de l'article 58 de la Convention.

9. Car l'« accord » d'une partie, et même de toutes les parties, ne saurait prévaloir en aucun cas sur le caractère contraignant de l'article 58 de la Convention dont la première phrase n'admet pas l'abstention de l'arbitre.

²¹⁴ Voir la communication du Centre aux parties du 1^{er} mars 2017, pièce C175

²¹⁵ Proposition de récusation de Sir Franklin Berman Q.C. le 4 mars 2017, pièce C161, §1, note en bas de page 4, et §68, accessible dans <http://bit.ly/2mCwcKV> (fr)

²¹⁶ Pièce C161e, traduction à l'espagnol de la Proposition de récusation de Sir Franklin Berman QC du 4 mars 2017, accessible dans <http://bit.ly/2uDqN9H>

10. L'article 58 n'est pas à la disposition des parties³, à la différence, par exemple, des articles 44, 46, 47 et 61.²¹⁷

172. En conséquence, c'est seulement si « l'abstention » de M. Berman le 1^{er} mars 2017 avait exprimé son désistement à appartenir au Tribunal arbitral que la respectueuse proposition de récusation du 28 février 2017 aurait perdu son objet.

Ni les travaux préparatoires de la Convention, ni aucune décision d'un Tribunal du CIRDI publiquement accessible, ni aucun commentateur qualifié de la Convention, ne considèrent que, sans une modification préalable de celle-ci, un arbitre pourrait s'abstenir dans l'accomplissement de l'obligation que la première phrase de l'article 58 lui impose tout en demeurant en fonction.²¹⁸

C'est là une question d'ordre public international qui implique le consentement de la totalité des États partie à la Convention.

173. **Par conséquent, la décision du 21 février 2017 du CIRDI constitue une inobservation grave des articles 57 et 58 de la Convention, un excès de pouvoir, avec défaut de motifs, ne pouvant pas valider le vice dans la constitution du Tribunal arbitral lors de l'étape processuelle régie par l'article 49(2) de la Convention, le manque de neutralité et d'impartialité de M. Berman et l'inobservance grave des règles de procédure applicables lors du traitement des propositions de récusation de M. Berman des 28 février et 4 mars 2017.**

174. **Conclusion de la présente section**

Les Demanderesses sollicitent respectueusement l'annulation de la Sentence arbitrale du 13 septembre 2016, pour les motifs de l'article 52(1), lettres (a), (b), (d) ou (e), pris isolément ou cumulativement, à la suite

- a) du refus du Tribunal arbitral, le 6 mai 2014, de trancher la question de procédure concernant la régularité de la constitution du Tribunal arbitral qui lui a été soumise par la voie des arts. 41(1) et 44 de la Convention le 26 décembre 2013 et lors de la constitution du Tribunal le 11 mars 2014, enfreignant l'autorité de la chose jugée des §§34 à 37 de la Sentence arbitrale initiale, la décision du 25 avril 2006²¹⁹ du Tribunal arbitral initial, les articles 52(6), 56(3), 58 de la Convention, les Règles d'arbitrage 55(2)(d), 8(2) et 11(2)(a) ;

²¹⁷ Pièce C162, communication le 11 mars 2017 des Demanderesses au Centre relative à l'article 58 de la Convention du CIRDI, accessible dans <http://bit.ly/2nUGB8z>

²¹⁸ Convention du CIRDI, article 78 : « Les autres membres de la Commission ou du Tribunal, selon le cas, se prononcent sur toute demande en récusation d'un conciliateur ou d'un arbitre. Toutefois, en cas de partage égal des voix, ou si la demande en récusation vise un conciliateur ou un arbitre unique ou une majorité de la Commission ou du Tribunal, la décision est prise par le Président. »

²¹⁹ Pièce C72

- b) de la Décision du Tribunal arbitral du 21 novembre 2016 refusant de mener une enquête raisonnable et d'ordonner la *full disclosure* sur les relations entre l'État du Chili et des membres des Essex Court Chambers, au mépris de la Règle 6(2) et de l'article 14(1) de la Convention,
- c) des faits constitutifs de biais et d'absence de neutralité de la part des arbitres concernés survenus lors du traitement des respectueuses propositions motivées de récusation des 22 novembre 2016, 23 février, 28 février et 4 mars 2017, enfreignant la Règle 6(2) et les articles 14(1), 57 et 58 de la Convention,
- d) du caractère clairement déraisonnable des Décisions du CIRDI des 21 février et 13 avril 2017 qui ont rejeté ces propositions de récusation,

ce qui a eu comme conséquence

- 1) un vice dans la constitution du Tribunal arbitral, excès de pouvoir, inobservances graves de règles fondamentales de procédure et pouvant être cause de défaut de motifs dans la procédure de resoumission du Différend initiée le 16 juin 2013 ayant abouti à la Sentence du 13 septembre 2016, de même que dans la procédure en correction d'erreurs initiée le 27 octobre 2016 régie par l'article 49(2) de la Convention et terminée dans la Décision du 6 octobre 2016.
- 2) un excès de pouvoir, des inobservations graves de règles fondamentales de la procédure et des défauts de motifs dans les Décisions du Tribunal arbitral des 6 mai 2014 et 21 novembre 2016, de même que dans les deux Décisions du CIRDI rejetant les respectueuses propositions motivées de récusation.

175. **Il s'en suit que le Comité *ad hoc* doit annuler la Sentence arbitrale conformément à l'article 52(1), lettres (a), (b), (d) et (e).**

III.2 MOTIF D'ANNULATION POUR EXCÈS DE POUVOIR, DÉFAUT DE MOTIFS ET MANQUEMENT À UNE RÈGLE FONDAMENTALE DE PROCÉDURE DANS LA DECISION DU 15 JUIN 2017 DU TRIBUNAL

176. **MM. les arbitres avaient à leur charge le devoir de loyauté, une obligation de moyens renforcés en l'espèce, après que la Sentence arbitrale initiale ait confirmé, aux §§34-37, la Décision du Tribunal arbitral initial du 25 avril 2006²²⁰ relative à la**

²²⁰ Pièce C72

connivence entre l'État du Chili et l'arbitre nommé par lui (§§34-37) et les incidents incompatibles avec les usages de l'arbitrage international de la République du Chili.

177. Dans l'ordre public transnational²²¹ ou l'ordre juridique arbitral²²²,
« l'Arbitre international n'a pas seulement la faculté - certes à employer avec prudence et retenue mais aussi avec fermeté - il a le devoir de faire prévaloir l'ordre public transnational, c'est-à-dire des valeurs fondamentales, morales et sociales, de solidarité et de justice. (...) ce pouvoir de l'Arbitre international est en même temps un devoir, une responsabilité, un privilège et un honneur, celui de contribuer à défendre, maintenir et promouvoir un ordre acceptable de la 'Société internationale'. Il ne s'agit pas ici d'équité mais bien de droit. »²²³
178. Dans leur Mémoire du 27 juin 2013 les Demanderesses ont alerté le Tribunal de Resoumission sur « 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 ». ²²⁴
- Les Demanderesses n'ont aucun doute que l'État du Chili a adapté cette méthode aux circonstances spécifiques de la procédure de Resoumission, compte tenu du *modus operandi* dont le Défendeur a fait preuve depuis la saisie de l'investissement et à l'encontre de M. Pey Casado et la Fondation « Président Allende ».
179. En droit, une présomption est une supposition de la vérité réfragable. Comme on a vu *supra*, les Demanderesses ont sollicité en vain du Tribunal de Resoumission²²⁵, de l'État du Chili entre le 20 septembre 2016 et le 9 juin 2017, et des juridictions internes depuis le 27 juin 2017, la révélation des montants des paiements que l'État du Chili a reconnu le 12 avril 2017²²⁶ avoir effectués à des membres des Essex Court Chambers depuis janvier 2005 à ce jour.
180. Le 5 septembre 2017 le Gouvernement du Chili a même désobéi à l'injonction du 24 juillet 2017 du 28^{ème} Tribunal civil de Justice de Santiago de produire cette information, comme on le verra ci-après.

²²¹ A. Sheppard définit l'ordre public transnational comme comprenant les “*fundamental rules of natural law, principles of universal justice, jus cogens in public international law, the general principles of morality accepted by what are referred to as 'civilized nations', or 'principles that represent an international consensus as to universal standards and accepted norms that must always apply'*”, dans *Public Policy and the Enforcement of Arbitral Awards: should there be a Global Standard?* Transnational Dispute Management, février 2004

²²² Selon la définition du Prof. E. Gaillard dans son cours à l'Académie de Droit International « *Aspects philosophiques du droit de l'arbitrage international* », RCADI, t. 329, 2007, 49-216, et dans Les Livres de Poche de l'Académie, n° 12008, accessible dans <http://bit.ly/2ylfFzy>

²²³ Lalive (P.) : *L'ordre public transnational et l'arbitre international*, dans Liber Fausto Porcar, *Nouveaux Instruments du Droit International Privé*, Giuffrè Ed., 2009, pages 610-611, accessible dans <http://bit.ly/23aaZEH>

²²⁴ Pièce C194, 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 (rédigée le 19-09-2005, pièce C268 de la procédure initiale), accessible dans <http://bit.ly/2fkRkTw>

²²⁵ Pièce C135, Proposition des Demanderesses au Tribunal arbitral de Resoumission de permettre la disclosure des relations de l'État Défendeur avec des membres des Essex Courts Chambers

²²⁶ Pièce C138, Réponse le 12 avril 2017 des autorités du Chili aux questions d'un conseil de la Fondation « Président Allende » relatives aux rapports pécuniaires entre l'État Défendeur et des membres des Essex Courts Chambers

181. Les faits sur lesquels se fonde le présent motif d'annulation sont les suivants.

I. Le 15 juin 2017

Le **15 juin 2017** est la date à laquelle le Tribunal arbitral a refusé de faire droit à la demande des investisseurs du 9 juin 2017²²⁷ formulée sur la base de l'article 43(a) de la Convention du CIRDI, des articles 53²²⁸ et 34(2)(a)²²⁹ du Règlement, et du fait nouveau survenu le **12 avril 2017**²³⁰ communiqué au Tribunal arbitral, à savoir la lettre des Autorités du Chili

- a) confirmant formellement que l'intensité et l'envergure des rapports entre l'État et les Essex Court Chambers portés à la connaissance de la Fondation Demanderesse à partir du 20 septembre 2016, et sur lesquels les investisseurs fondaient leur demande de *disclosure* d'abord et ensuite de récusation le 22 novembre 2016, étant secrets (*sigilosos*), ne sauraient, par définition, être considérés dans le domaine public,
- b) et infirmant les renseignements qui avaient été portés à la connaissance de M. le Président du Conseil administratif du CIRDI le déterminant à déclarer, dans sa Décision du 21 février 2017²³¹, que lesdits rapports (dont les Demanderesse sollicitaient depuis le 20 septembre 2016 la *disclosure*), « **étaient dans le domaine public et disponibles depuis décembre 2012** » (§68),
- c) démontrant que la prémisse à la base du raisonnement de M. le Président du Conseil administratif du CIRDI n'existe pas,
- d) circonstances inconnues du Président du Conseil administratif du CIRDI et indissolubles de l'opération menée dans l'ombre par les conseils de l'État du Chili à Londres en 1999-2000 (avec la participation du même agent)²³², que M. Jack Straw (alors Ministre du *Home Office*) a qualifiée de fraude contre l'administration de la justice et le gouvernement britanniques, sous prétexte, là aussi, de confidentialité, au détriment de la Fondation

²²⁷ Pièce C135

²²⁸ Article 53 du Règlement : « Règles de procédure : Les dispositions du présent Règlement s'appliquent *mutatis mutandis* à toute procédure relative à l'interprétation, la révision ou l'annulation d'une sentence et à toute décision du Tribunal ou Comité. »

²²⁹ Article 34(2) du Règlement : « Le Tribunal peut, s'il le juge nécessaire, à tout moment de l'instance : (a) requérir les parties de produire des documents. »

²³⁰ Pièce C138

²³¹ Voir la Décision du Président du Conseil Administratif du CIRDI du 21 février 2017, pièce C119, accessible dans <http://bit.ly/2qYr7gT>

²³² *Ibid.*, §§68, 69, 92, 93

²³² M. José Miguel Insulza, agent de l'État du Chili en 2015 pratiquement jusqu'à la veille de la Sentence arbitrale du 13 septembre 2016, document annexé n° 10 à la pièce du 13 janvier 2017 - *Observations complémentaires des Demanderesse*, accessible dans la pièce C127 et dans <http://bit.ly/2lKWQCc> (fr) et <http://bit.ly/2lLliT> (es)

« Président Allende ». ²³³ Une opération mise en œuvre sous couvert par l'État du Chili ²³⁴ et publiquement confirmée en 2016 par le Ministre Jack Straw ²³⁵,

- e) l'ensemble constituant une conjonction de faits coordonnés amenant les investisseurs espagnols à solliciter – afin de préserver l'intégrité de la procédure arbitrale et les principes de droit international applicables en l'espèce (dont ceux du *due process*)- compte tenu de ladite réponse des autorités du Chili du 12 avril 2017, de ce que disposent les articles 43(a) de la Convention, 3, 4, 10(4) de l'API Espagne-Chili, et des pouvoirs inhérents du Tribunal arbitral :
- que le Tribunal de Resoumission ordonne à la République du Chili de communiquer à celui-ci, au Centre et à toutes les parties, l'information ne figurant pas dans le domaine public que les Demanderesses avaient sollicité le 15 mars 2017 du Ministère des Affaires Étrangères et à laquelle la réponse de celui-ci le 12 avril 2017 fait référence ;
 - qu'il fasse droit à ce que le Tribunal arbitral et le Secrétariat du CIRDI mènent à cette fin des enquêtes raisonnables, et en révèlent pleinement le résultat au Centre et à toutes les parties.

Le 15 juin 2017, alors que dans le système CIRDI les arbitres ont l'obligation de préserver l'intégrité de la procédure ²³⁶, le Tribunal arbitral de Resoumission a refusé ces demandes, en s'alignant sur la communication du gouvernement chilien du 12 avril 2017

- a) sous un prétexte arbitraire et incongru, à savoir : que ces « *demandes* [du 9 juin 2017] (...) *ont été rejetées par des Décision du Président du Conseil administratif en date des 21 février 2017 et 13 avril 2017, respectivement* » (soulignement ajouté), alors que, bien évidemment, à ces dates le Président ne pouvait pas connaître que le fondement des demandes du 9 juin 2017 était le contenu de la communication de l'État chilien transmise le **12 avril 2017** ;
- b) sur une argumentation qui enfreint l'article 43(a) de la Convention, le principe d'égalité des parties et leur droit à un Tribunal impartial dans toutes les étapes de la procédure, à savoir : « *que les mesures que les Demanderesses cherchent à obtenir aux termes de leur requête* [du 9 juin 2017] *sont dépourvues de tout lien avec les corrections demandées* [le

²³³ *Ibid.*, *Observations complémentaires des Demanderesses*- les §§98 à 107 et 117, et les pièces y jointes nos. 8-10

²³⁴ Voir le document annexé n° 1 auxdites *Observations complémentaires* ... du 13 janvier 2017 de la pièce C127, à savoir la *Demande de la Fondation espagnole « Président Allende » c. Augusto Pinochet et autres*, le 4 juillet 1996, auprès de l'Audiencia Nacional de España, accessible également dans <http://bit.ly/2hX1iNJ> (en anglais), et dans <http://bit.ly/2h020rM> (en espagnol)

²³⁵ Voir les déclarations du Ministre Jack Straw à BBCRadio4 et à la TV Nationale du Chili dans les documents nos. 8 à 10 annexées à la pièce C127 *Observations complémentaires* ... du 13 janvier 2017, accessibles dans <http://bit.ly/2lKWQCc> (fr) et <http://bit.ly/2lLliiT> (es)

²³⁶ “Under the ICSID Convention system, domestic courts are prevented from reviewing ICSID awards, and national courts cannot set aside ICSID awards, even on the grounds of public policy”, soutient Nassib G. Ziadé, ancien Secrétaire Général p.i. du CIRDI, dans “The Arbitrator's Investigative and Reporting Rights and Duties”, page 126, in Domitille Baizeau et Richard H. Kreindler (eds), Addressing Issues of Corruption in Commercial and Investment Arbitration, Dossiers of the ICC Institute of World Business Law, Volume 13 (© Kluwer Law International; International Chamber of Commerce (ICC), 2015)

27 octobre 1996], et ne relèvent dès lors pas des pouvoirs et fonctions du Tribunal dans la présente instance en correction»,

ce qui constitue un excès de pouvoir, un défaut de motifs et un manquement à une règle fondamentale de procédure (défaut d'impartialité des arbitres, dans un contexte de déclarations frauduleuses présumées -*fraudulent misrepresentation*- de l'État Défendeur avant ladite communication de ce dernier le 12 avril 2017), au détriment des seules parties Demanderesses.

Cette concordance objective apparente du Tribunal arbitral avec l'État du Chili dans le but de ne pas révéler lesdites relations de l'État Défendeur a été confirmée, par trois fois, par l'État Défendeur après que le 28^{ème} Tribunal civil de Santiago, faisant droit à la demande de la Fondation codemanderesse du 27 juin 2017 en vue de formuler une demande en responsabilité civile extracontractuelle contre les responsables²³⁷, a ordonné

*« que soit décrétée la mesure préjudicielle de production de documents dont disposerait le Ministère des Affaires Étrangères visant à accréditer l'existence de paiements effectués par le Ministère des Affaires Étrangères ou tout autre organisme qui lui serait subordonné, à tout membre ou avocat du cabinet d'avocats dénommé Essex Court Chambers, de Londres (Royaume-Uni), depuis le 1^{er} Janvier 2005 à ce jour. »*²³⁸

Le 11 août 2017 le Ministre des AA.EE. a écarté, pour la deuxième fois, la notification personnelle de la décision judiciaire du 24 juillet 2017²³⁹, qui confortait à l'évidence la pertinence de la *disclosure* sollicitée du Tribunal de Resoumission le 9 juin 2017 et refusée par celui-ci le 15 juin 2017.

II. Le 5 septembre 2017

Le 5 septembre 2017 est la date de l'audience dans laquelle le Ministre des AA.EE. a été convoqué par le 28^{ème} Tribunal Civil de Santiago afin de produire les paiements effectués à des membres des Essex Courts Chambers, comme ordonnée dans la décision du 24 juillet 2017²⁴⁰. Le Ministre ne les a pas produits. La Fondation Demanderesse a sollicité le jour même que le Tribunal Civil sanctionne la désobéissance du Ministre conformément à l'article 277 du Code de Procédure Civile.²⁴¹ Le 20 septembre 2017 c'est la Chambre des Députés qui a interpellé à ce sujet le Ministre des Affaires Étrangères.²⁴²

²³⁷ Pièce C184

²³⁸ Pièce C110

²³⁹ Pièces C181 et C182, respectivement, accessibles dans le site du Tribunal dans <http://bit.ly/2vwuQYg> et <http://bit.ly/2uzZ7Cc>. Lors de la deuxième notification, le 11 août 2017, le fonctionnaire ministériel a refusé de s'identifier auprès du fonctionnaire judiciaire

²⁴⁰ Pièce C110

²⁴¹ Pièce C191. L'article 277 du Code de Procédure civile dispose : « Si se rehúsa hacer la exhibición en los términos que indica el artículo precedente, podrá apremiarse al desobediente con multa o arresto en la forma establecida por el artículo 274, y aun decretarse allanamiento del local donde se halle el objeto cuya exhibición se pide. Igualmente podrán decretarse contra los terceros que, siendo meros tenedores del objeto, se nieguen a exhibirlo»; et l'article 274: «Si, decretada la diligencia a que se refiere el número 1º del artículo anterior, se rehúsa prestar la declaración ordenada o ésta no es categórica, en conformidad a lo mandado, podrán imponerse al desobediente multas que no excedan de dos sueldos vitales, o arrestos hasta de dos meses, determinados prudencialmente por el tribunal; sin perjuicio de repetir la orden y el apercibimiento.»

²⁴² Pièce C199 et pièce C199e, page 2

Les comportements du Tribunal de Resoumission et de l'État Défendeur sont objectivement concordants en vue de préserver l'opacité des rapports entre ce dernier et les *chambers* dont sont membres deux des arbitres.

182. Le manquement à l'obligation de révélation consommée par la Décision du Tribunal arbitral le 22 novembre 2016, a causé des dommages aux Demanderesses : le Président du Conseil administratif a été porté à croire que l'information sollicitée par les Demanderesses était du domaine public et, sur la base de cette prémisse, il a rejeté le 22 février 2017 la proposition de récusation de deux des arbitres.

Dans ce contexte, dès lors que les actes des trois arbitres dépassent les limites établies dans la Convention du CIRDI pour l'exercice de leurs fonctions, ces actes ne sont pas couverts par l'immunité de la fonction. En allant au-delà de la simple *non-disclosure*, la décision du 15 juin 2017 équivaut à une fraude, c'est-à-dire à l'occultation intentionnelle d'un conflit objectif d'intérêts dans le cas d'espèce, l'immunité ne s'étend pas jusque-là.

Le 15 juin 2017 les arbitres ont agi en dehors de leurs fonctions officielles, à vrai dire en contradiction avec celles-ci. En termes du *common law* la cause de l'action serait pour fraude ou *fraudulent misrepresentation* ; pour présentation déformée, frauduleuse ou tromperie dans le système du droit civil d'inspiration romaniste.

183. L'information dont la connaissance a été refusée aux Demanderesses par les actes conjugués de l'État Défendeur et du Tribunal arbitral dans la décision du 15 juin 2017 n'est pas couverte par le « privilège client-conseil » ni par le « privilège des débats judiciaires » (*litigation privilege*).

Il n'a pas été demandé de connaître les communications que les membres des Essex Court Chambers auraient eues, et auraient maintenant, avec l'État Défendeur et/ou les organismes qui en dépendent, en vue d'assurer un conseil et une défense effectifs, ni les documents créés pour usage dans un litige différent du présent arbitrage.

Ce dont il s'agissait était de produire dans la procédure arbitrale les montants des paiements que, directement ou indirectement, les membres des Essex Court Chambers ont reçus depuis 2005, reçoivent maintenant ou sont en droit de recevoir de l'État Défendeur, compte tenu des circonstances spécifiques à la présente affaire, et, en particulier, a) de la stigmatisation dans la Sentence arbitrale initiale des comportements contraires à l'arbitrage international, b) de sa condamnation dans la Sentence initiale dudit État pour manquement à ses obligations ex article 4 de l'API Espagne-Chili, et c) de la fraude commise par l'État chilien sous couvert également de confidentialité à l'encontre de l'administration de la justice et du Gouvernement britanniques au détriment de la Fondation codemanderesse, attestée publiquement en 2016 par le Ministre Jack Straw.

184. L'information dont la connaissance a été refusée par la décision du 15 juin 2017 n'est pas couverte, non plus, par une exception d'immunité relevant de l'intérêt public en droit chilien susceptible d'être opposable devant le Tribunal international dans une procédure initiée sous l'API Espagne-Chili et administrée par le CIRDI.

De même que dans l'affaire *Biwater Gauff (Tanzania) Ltd v United Republic of Tanzania*, dans la présente affaire

the nature of this dispute resolution process is entirely different from a national court process. This is an international tribunal, governed by an international convention, which is mandated to enquire into the conduct and responsibility of a State in light of its international treaty and customary international law obligations. It is hardly conceivable that, in this setting, a State might invoke domestic notions of public interest and policy relating to the operations of its own Government as a basis to object to the production of documents which are relevant to determine whether the State has violated its international obligations and whether, therefore, its international responsibility is engaged. This is certainly not the context in which the doctrine of "public interest immunity" was developed. The doctrine is not a general principle of law as understood for the purposes of article 38 (1)(c) of the Statute of the International Court of Justice. Neither is it provided for in the ICSID Convention or the ICSID Arbitration Rules (which endow ICSID Tribunals with broad powers to order the production of documents).

Further, if a State were permitted to deploy its own national law in this way, it would, in effect, be avoiding its obligation to produce documents in so far as called upon to do so by this Tribunal. This, in itself, is an international legal obligation arising from the State's consent by way of the BIT to ICSID arbitration. It may also thereby stifle the evaluation of its own conduct and responsibility. As such, this would be to undermine the well established rule that no State may have recourse to its own internal law as a means of avoiding its international responsibilities. This principle finds expression in Article 27 of the Vienna Convention on the Law of Treaties 1969, as well as numerous other international decisions and commentaries (see e.g. Oppenheim's International Law (9th Ed, Vol 1, Jennings & Watts ed.), at pp. 84-85).

*Moreover, accepting Respondent's theory would create an imbalance between the parties, which the Tribunal considers unacceptable. It is indeed one of the most fundamental principles of international arbitration that the parties should be treated with equality.*²⁴³

Ce texte paraît avoir été rédigé mot pour mot pour s'appliquer au cas d'espèce !

185. Compte tenu de l'expérience, des compétences et de l'expertise des arbitres et des conseils de l'État du Chili, de leur connaissance de cette affaire, ainsi que des arguments sans équivoque avancés et réitérés par les Demanderesses concernant l'obligation continue de *disclosure* des rapports directs et indirects entre eux, cette omission ne peut être considérée comme accidentelle dans le système du CIRDI. Dans la mesure dans laquelle le Tribunal arbitral et l'État Défendeur se sont refusés à la *disclosure* des informations précises sollicitées par les Demanderesses, celles-ci demandent au Comité *ad hoc* d'en inférer ce qu'il appartiendra -aux effets de l'article 52.1, lettres (b), (d) et (e) de la Convention- dans les circonstances et le faisceau d'indices du cas d'espèce, *connecting the dots*.

²⁴³ Pièce C185, *Biwater Gauff v. Tanzania*, ICSID Case No. ARB/05/22, Procedural order n°. 2, 24 may 2006, page 8, accessible dans <http://bit.ly/2wjC6bx>

III.3 MOTIFS D'ANNULATION TIRÉS DU TRAITEMENT PAR LE 2^{ÈME} TRIBUNAL DE CERTAINES PARTIES RES IUDICATAE DE LA SENTENCE INITIALE

186. Les pouvoirs du Tribunal arbitral statuant lors d'une procédure de resoumission sont définis en détail à la Section 3 du Chapitre IV de la Convention CIRDI, intitulée « *Des pouvoirs et des fonctions du Tribunal* », en particulier dans son article 42(1) relatif à la loi à appliquer.
187. La Règle 55 (3) du CIRDI stipule : « *Si la sentence initiale n'a été annulée qu'en partie, le nouveau Tribunal ne procède pas à un nouvel examen.* »
188. Le Tribunal arbitral de Resoumission lui-même a été obligé d'admettre qu'il était d'une clarté manifeste qu'il n'avait pas compétence pour rouvrir des sujets qui étaient *res judicatae* dans les parties non annulées de la Sentence initiale. Cependant c'est exactement ce que le Tribunal de Resoumission a fait lorsqu'il a décidé d'ouvrir un débat non sollicité par les parties sur la question de l'interprétation du terme « compensation » (III.3.1), remis en cause l'existence même du préjudice subi par les Demanderesses et constaté par la Sentence initiale, en faisant droit à des arguments de la Défenderesse qui avaient été rejetés par le Tribunal initial comme par le Comité *ad hoc* (III.3.2), et réduit indûment sa compétence s'agissant des effets du déni de justice constaté par la Sentence initiale (III.3.3).

Dans les circonstances qui seront détaillées ci-après, la décision du Tribunal constitue un excès de pouvoir manifeste qui justifie que la Sentence soit annulée.

1. L'interprétation par le 2^{ème} Tribunal du terme « compensation » va à l'encontre de la *res judicata* de la Sentence initiale. Excès de pouvoir manifeste.

189. **Le Tribunal initial est parvenu à la conclusion que les Demanderesses avaient « droit à compensation » :**

[Dispositif] « **Par ces motifs, Le Tribunal arbitral, à l'unanimité, (...) 3. constate que les demanderesses ont droit à compensation.** »

Cette position du Tribunal initial n'a pas été annulée par le Comité *ad hoc* ; cette conclusion et son fondement factuel et légal [entre autres, les §§627-674 de la Sentence initiale] est, en conséquence, *res judicata*.

190. **La modalité de réparation (indemnisation pécuniaire) a été fixée définitivement, avec l'autorité de la chose jugée, et c'est une contradiction dans le critère d'évaluation de l'indemnisation qui a fait l'objet de l'annulation par le Comité *ad hoc*.**

191. Il est incontestable que le Tribunal initial considérait que les Demanderesses avaient acquis un droit à indemnisation de nature pécuniaire, et que tel était le sens du terme « compensation » employé notamment dans le dispositif de la Sentence initiale. La nature pécuniaire de l'indemnisation à laquelle avaient droit les Demanderesses était donc *res iudicata*.

Il suffit, pour s'en convaincre, d'observer que, que ce soit dans les parties non-annulées ou annulées de la Sentence initiale, à chaque fois qu'il est question d'indemnisation ou de compensation, ces termes sont utilisés dans un contexte pécuniaire. Il en est ainsi :

- i. Dans **tous** les paragraphes ayant l'autorité de la chose jugée où il est question d'indemnisation, sans exception (§§77, 79, 448, 454, 455, 462, 490, 496, 497, 508, 594-596-598, 613, 614, 616, 621, 629-632, 635, 639, 641, 647, 667, 668, 728, nbp 191, 589, 599, 617) ou compensation (§§29, 78, 450, 648, 661, 662, 674),
- ii. de même que dans **tous** les paragraphes dans le Ch. VIII (*Dommages*) de la Sentence initiale qui selon les §§223 et 243 de la 2^{ème} Sentence elle-même « *éclaircent le raisonnement du Tribunal initial dans les parties non annulées de sa Sentence* » ou qui « *se rapportent à des questions de preuve factuelle, ils ne sont pas entachés par les critiques du Comité ad hoc relatives à l'évaluation des dommages matériels* »-, à savoir les §§ 677, 678, 679, 681, 685, 692, 693, 694, 696-700, 703, 709, 715, la nbp 647²⁴⁴, par exemple

« §679. Ces faits ainsi rappelés, et la question de la qualité pour agir des demanderesses ayant été tranchée par le Tribunal arbitral, **il reste** à ce dernier à tirer **les conséquences de ce qui précède** [la partie *res iudicata* de la Sentence], quant à **l'obligation d'indemniser**, son **exécution concrète** et **le calcul de son montant** » (soulignement ajouté).

Toutefois aux §§ 199 et suivants de la Sentence de resoumission, le Tribunal entreprend d'ouvrir un débat sur la question de l'interprétation du terme « compensation », qui aboutira, en violation de la *res iudicata* de la Sentence initiale, à se départir de la nature pécuniaire de ce terme.

Ainsi, au § 199, le Tribunal annonce qu'il « *a examiné la question de savoir si cette formulation [selon laquelle les Demanderesses ont droit à compensation] doit être comprise comme signifiant, en soi, que les Demanderesses ont un droit bien établi à une compensation pécuniaire et que la seule question qui reste à trancher dans la présente procédure de nouvel examen est l'évaluation du montant adéquat de cette compensation. Le Tribunal est toutefois parvenu à la conclusion que ce n'est pas ainsi que doit être compris le sens et l'effet de la Sentence Initiale* ».

Au § 200, sans examiner effectivement aucun dictionnaire, que ce soit de langue anglaise ou française, le Tribunal de Resoumission affirme que « *les deux termes, anglais comme français, ont une connotation plus large selon le dictionnaire, qui n'est pas limitée à une réparation dans un sens purement financier* ».

192. Il convient d'observer, tout d'abord, qu'il paraît étrange, et cela équivaut de fait à une absence de justification, que le Tribunal de Resoumission s'en remette à sa propre intuition ou à sa mémoire s'agissant de ce qu'un dictionnaire aurait à dire sur la signification de

²⁴⁴ Le §704, relatif au dommage moral, est la seule exception

« *compensation* » afin d’opiner sur l’acception de ce terme en matière de droit international relatif à la responsabilité de l’État.

Ainsi qu’il a été noté plus haut (§17) et l’on verra ci-après (§§195, 209), comme le commentaire aux articles de la CDI sur la responsabilité de l’État l’indique clairement, « *compenser* » s’entend normalement, en droit international traitant de la responsabilité de l’État, comme impliquant une mesure de redressement pécuniaire sous la forme de dédommagement (quoi qu’il puisse être dit dans on ne sait quel dictionnaire, ou quel que soit ce que la mémoire ou l’imagination de quiconque voudrait voir exprimé dans un tel dictionnaire, soit-il Anglais, Français, Espagnol ou autre).

193. Cela ne signifie pas qu’au moyen d’une *lex specialis* dans un traité les États partie ne puissent s’écarter de l’acception normale en matière de règles concernant la responsabilité de l’État et attribuer une signification particulière au terme « *compensation* ». Il apparaît que tel est le cas, par exemple, dans le Mémoire d’Accord sur les Règles et Procédures Régissant le Règlement des Différends de l’OMC²⁴⁵, où, parmi d’autres déviations par rapport aux règles usuelles en matière de responsabilité de l’État, « *compensation* » s’entend en termes de concessions commerciales additionnelles en faveur de l’État qui a souffert le préjudice, plutôt qu’en termes de paiement monétaire. Cependant, même dans ce cas, le concept de fond selon lequel le terme « *compensation* » implique la stipulation de quelque chose ayant une valeur, économique ou matérielle, pour compenser la perte de quelque chose portant sur une valeur économique ou matérielle, est préservé.

194. Comme le Tribunal de Resoumission a été forcé de l’admettre au §200 de sa Sentence²⁴⁶, ni les Demanderesses ni l’État Défendeur n’ont compris le « *droit à compensation* » comme faisant référence à quoi que fût d’autre qu’un droit à dédommagement pécuniaire.²⁴⁷ [Voir *supra* §17]

En dépit de l’absence d’interprétation divergente de ce terme entre les parties, le paragraphe 201 de la Sentence du Tribunal de Resoumission ne révèle strictement aucune raison pour sa conclusion selon laquelle le Tribunal Arbitral initial aurait eu une conception de la notion de « *compensation* » laissant ouverte la question de l’éventualité que la responsabilité de l’État puisse être dédagée au travers d’un moyen autre que le dédommagement pécuniaire.

²⁴⁵ Mémoire d’Accord sur les Règles et Procédures Régissant le Règlement des Différends de l’OMC, article 3(7) : « Il ne devrait être recouru à l’octroi d’une compensation que si le retrait immédiat de la mesure en cause est irréalisable, et qu’à titre temporaire en attendant le retrait de la mesure incompatible avec un accord visé » ; article 22(1) : « 1. La compensation et la suspension de concessions ou d’autres obligations sont des mesures temporaires auxquelles il peut être recouru dans le cas où les recommandations et décisions ne sont pas mises en oeuvre dans un délai raisonnable. Toutefois, ni la compensation ni la suspension de concessions ou d’autres obligations ne sont préférables à la mise en oeuvre intégrale d’une recommandation de mettre une mesure en conformité avec les accords visés. La compensation est volontaire et, si elle est accordée, elle sera compatible avec les accords visés », accessible dans <http://bit.ly/2rsx5YW>

²⁴⁶ « La réponse des Demanderesses a été que (...) le droit à compensation ‘se réfère exclusivement à une notion financière, un dommage quantifiable financièrement. Une compensation, c’est un dommage quantifiable financièrement, et non pas d’autres réparations comme la notion de satisfaction en droit international public’. [Note en bas de page omise] La Défenderesse, pour sa part, était d’accord avec une grande partie de la réponse des Demanderesses (...). » Le Tribunal a clairement compris que pour la Défenderesse de même que pour les Demanderesses le « *droit à compensation* » signifiait que les Demanderesses auraient droit à tout le montant du dommage pécuniaire qu’elles pourraient prouver. »

²⁴⁷ Pièce C200, intervention de la représentante du Chili, Mme. Ghering, lors de l’audience du 16-04-2015, 16 :35

Il y a plus : en contradiction flagrante par rapport à l'évidence avec laquelle il suppose que le Tribunal Arbitral initial avait autre chose en tête qu'une allocation monétaire en faisant référence au « droit à compensation », le Tribunal de Resoumission admet « *sauf peut-être le postulat non explicite que, dans le cas normal, elle peut prendre la forme de dommages-intérêts* ».

Or loin que ce fût-là simplement un « postulat non explicite » concernant l'assertion du Tribunal arbitral initial liée au « droit à compensation », qui, chacun en demeure d'accord, est *res judicata*, c'était un postulat explicite du Tribunal initial relatif à la conséquence s'attachant au fait d'avoir établi un tel droit.

La chose est évidente d'après le §679 de la Sentence initiale : ayant établi un « droit à compensation » du préjudice souffert par les Demanderesses du fait des actes internationalement illicites de la Défenderesse, le Tribunal initial affirme qu'il restait seulement

*“à tirer les conséquences de ce qui précède, quant à l'obligation d'indemniser, son exécution concrète **et le calcul de son montant.**” (Emphase ajouté).*

195. Il est clair comme de l'eau de roche, d'après cette affirmation, que, dès lors qu'il avait établi un « droit à compensation », le Tribunal initial avait en tête exclusivement que ce droit devait être rempli sous forme d'une allocation pécuniaire à exécuter, c'est-à-dire un montant à calculer. Cela est renforcé de surcroît par la formulation retenue ici du « droit à compensation » comme entraînant “obligation d'indemniser.”

En effet, l'article 36 de la CDI sur la Responsabilité de l'État indique clairement que la signification du terme « indemniser » est de procurer un paiement monétaire. Ainsi,

*“L'indemnité couvre tout dommage **susceptible d'évaluation financière**” (emphase ajouté).*

Il est patent d'après le Commentaire sur les articles de la CDI sur la Responsabilité de l'État qu'en toutes les occasions où une Cour ou un Tribunal international a ordonné une indemnité il s'est agi d'un paiement financier (indépendamment de ce que l'indemnisation ait pu être complétée par quelque autre forme de réparation ou autre modalité de redressement).

196. En somme, il était établi avec l'autorité de la chose jugée dans les parties non annulées de la Sentence initiale que le « *droit à compensation* » impliquait l'obligation de procurer une indemnité –un montant financier- aux Demanderesses.

En conséquence, le Tribunal de Resoumission a manifestement excédé ses pouvoirs en rouvrant la question relative au « droit à compensation » des Demanderesses, de manière à se dégager de la signification de ce terme, et de lui substituer une forme de réparation autre qu'un dédommagement pécuniaire.

On pourrait ajouter que le Tribunal initial siégeait en qualité de Tribunal CIRDI (non en qualité de cour inter-étatique, ayant à traiter d'une atteinte à la dignité d'un souverain, par exemple). Il a tranché une atteinte à des droits économiques, et c'est à cette fin que le CIRDI a été constitué.

Les investisseurs ne saisissent pas le CIRDI pour réparer une atteinte à leur honneur et, sauf dans des circonstances des plus extraordinaires, le remède normal à un manquement, dans le cadre du CIRDI, est une allocation pécuniaire : à telle enseigne que tout le système de la Convention de Washington est bâti autour de l'impératif d'une mise en application efficace des allocations pécuniaires. Cela ne signifie pas que d'autres modalités de redressement ne seraient pas disponibles dans le cadre du CIRDI, mais, tout particulièrement dans le contexte de procédures CIRDI, il faudrait des circonstances extraordinaires et des indications explicites dans la Sentence arbitrale pour qu'un « droit à compensation » soit compris autrement que désignant le résultat d'une allocation pécuniaire, d'un montant couvrant les dommages démontrés par les Demanderesses.

Par exemple, dans la première Sentence arbitrale de l'affaire *Amco Asia Co v Republic of Indonesia* le Tribunal a considéré que

*the full compensation of prejudice, by awarding to the injured party the damnum emergens and the lucrum cessans is a principle common to the main systems of municipal law, and therefore, a general principle of law which may be considered as a source of international law.*²⁴⁸

197. La Sentence de Resoumission n'accepte pas l'autorité de la chose jugée de la Sentence initiale lorsqu'elle affirme,

- a) comme fondement du para. n° 2 de son Dispositif, que la Sentence initiale n'aurait pas déterminé que la compensation due par l'État Défendeur au Demanderesses pour la violation de l'article 4 de l'API était de nature pécuniaire

§201 : « *Le Tribunal ne voit dans la Sentence Initiale aucun signe que le Tribunal Initial entendait (...) traiter le paragraphe 3 [du Dispositif] comme une décision délibérée que des dommages-intérêts doivent nécessairement être octroyés (...)* »

mais sous forme de « satisfaction » (§§199-202 ; et para. 2 du Dispositif) ;

- b) comme fondement des paras. nos. 3 à 6 de son Dispositif, que la Sentence initiale n'aurait pas établi que les violations de l'article 4 de l'API constituaient un préjudice à l'encontre des Demanderesses, ni que celui-ci était prouvé, ni que lesdites violations étaient la cause du dommage pécuniaire à compenser, ni qu'une fois établie dans le para n° 3 du Dispositif l'obligation de compenser/indemniser il ne restait au Tribunal de Resoumission que « *le calcul de son montant* ». La Sentence de Resoumission affirme :

§201 : « *Le Tribunal (...) n'interprète pas ce paragraphe [3 du Dispositif] comme dispensant une partie qui demande des dommages-intérêts de son obligation normale de prouver le préjudice ainsi que le lien de causalité* »

199. « (...) *Le Tribunal a examiné la question de savoir si cette formulation doit être comprise comme signifiant, en soi, que les Demanderesses ont un droit bien établi à une compensation pécuniaire et que la seule question qui reste à trancher dans la*

²⁴⁸ *Amco Asia Co v Republic of Indonesia [Award of 20 November 1984]*, para. 267

présente procédure de nouvel examen est l'évaluation du montant adéquat de cette compensation. Le Tribunal est toutefois parvenu à la conclusion que ce n'est pas ainsi que doit être compris le sens et l'effet de la Sentence Initiale.

200. « (...) les deux termes [compensation], anglais comme français, ont une connotation plus large selon le dictionnaire, qui n'est pas limitée à une réparation dans un sens purement financier. (...) pris dans son contexte, le paragraphe 3 du dispositif (...) ni le paragraphe 2 qui le précède ne cherchent à déterminer la nature du préjudice ou du dommage causé par la violation de la Défenderesse, ce qui serait le préalable essentiel à la détermination ultérieure de la nature ainsi que de l'étendue de la réparation nécessaire pour remédier à la violation. »

- c) Examine à nouveau la question de l'existence du préjudice découlant d'une violation de l'article 4 de l'API, alors que, comme on le montrera aux §§198, 223-231 *infra*, les §§680-704 de la Sentence initiale déclarent que la partie *res iudicata* a établi et « constaté » l'existence d'un préjudice primaire (la violation de l'article 4 de l'API), que celui-ci est la cause d'un dommage qui doit être indemnisé financièrement. La Sentence de Resoumission a commis un excès de pouvoir en examinant à nouveau, et refusant, ce qui est *res iudicata* dans le Chapitre VII de la Sentence initiale (que les violations de l'article 4 de l'API constituent le préjudice, que celui-ci a été prouvé et qu'il est la cause du dommage pécuniaire à compenser), et a enfreint gravement une règle fondamentale de procédure en s'appuyant, de manière contradictoire, sur une partie du raisonnement du Ch. VIII de la Sentence initiale en en renversant le sens et la portée:

Sentence de Resoumission :

§207: « Bien que (...) le Tribunal doive s'interdire, conformément au Règlement d'arbitrage du CIRDI, d'examiner à nouveau, dans le cadre de la présente procédure de nouvel examen, toute partie de la Sentence Initiale qui n'a pas été annulée, cela ne l'empêche pas, à son avis, de procéder à une interprétation de la Sentence Initiale (...) »

202. « Il reste alors à ce Tribunal à déterminer la nature et la forme de la 'compensation' ainsi due, dans le sillage de l'annulation de l'évaluation du Tribunal Initial, telle qu'elle figure au paragraphe 4 sur la base du raisonnement de la partie correspondante (Section VIII) de la Sentence Initiale. »

Rappelons que le Comité *ad hoc* n'a en aucune manière mis en cause, à cet égard, le principe de compensation ni les modalités de calcul du montant des dommages-intérêts envisagé par le Tribunal arbitral initial, mais seulement la contradiction dans le processus suivi pour parvenir à sa conclusion relative au montant pécuniaire de l'indemnisation.²⁴⁹

- d) Une fois écartée de la sorte l'autorité de la chose jugée de la Sentence initiale au sujet du préjudice et de la cause de celui-ci, le Tribunal de Resoumission examine à nouveau la partie *res iudicata* de la Sentence initiale et impose aux Demanderesses de

²⁴⁹ Pièce C20, Décision du Comité *ad hoc*, §271 : « Le Comité a, dans la présente partie de sa Décision, conclu à l'existence d'une erreur annulable dans le processus suivi par le Tribunal pour parvenir à sa conclusion, et non dans les modalités de calcul du montant des dommages-intérêts » (soulignement ajouté)

devoir établir l'existence d'un préjudice et d'un lien de causalité avec la violation dont il découle

§201 : « *Le Tribunal (...) n'interprète pas ce paragraphe [3 du Dispositif] comme dispensant une partie qui demande des dommages-intérêts de son obligation normale de prouver le préjudice ainsi que le lien de causalité* »,

§210. » *Il n'est pas contesté entre les Parties que les deux passages dans lesquels le Tribunal Initial détermine que la conduite de la Défenderesse ne satisfait pas aux exigences de l'article 4 du TBI se trouvent aux paragraphes 653 – 674 de sa Sentence*».

Ceci est inexact. La 2^{ème} Sentence n'a pas pris en compte ce que la Sentence initiale affirme ailleurs, par exemple, au §317, nbp n° 270 :

«Comme d'autres démarches ou manipulations auxquelles des parties à l'arbitrage croient devoir ou pouvoir recourir pendente lite pour infléchir le cours de la procédure ou influencer le Tribunal arbitral (v., par exemple, la Décision n°43 du 28 avril 2000, ou les tentatives faites pour obtenir de Madrid une interprétation favorable et commune d'un traité bilatéral), pareils actes sont de nature à susciter inévitablement le scepticisme des arbitres. »

§212. « (...) le processus suivi par le Tribunal Initial a consisté en les étapes suivantes

- *l'existence d'un préjudice résultant de la confiscation initiale de l'investissement n'exigeait pas de démonstration, étant donné que la Défenderesse avait fixé son quantum afin de l'octroyer à des personnes autres que les Demanderesses »*
- *les Demanderesses n'avaient pas produit d'éléments de **preuve**, ou tout au moins d'éléments de preuve convaincants, de quelque nature que ce soit, établissant l'existence **d'un dommage** causé par les faits relevant de la compétence du Tribunal Initial ratione temporis ;*
- *en l'absence d'éléments de preuve et faute d'autre rapport d'expertise en l'espèce, le Tribunal Initial avait le pouvoir de procéder à sa propre évaluation par référence à des « éléments objectifs », étant donné qu'un quantum avait été fixé par la Défenderesse (voir ci-dessus) ;*
- *cette évaluation ne pouvait pas porter sur le dommage subi en raison de la confiscation initiale, mais plutôt sur le dommage résultant de la violation de la garantie du traitement juste et équitable prévue par le TBI ;*
- *elle avait pour objet de mettre les Demanderesses dans la situation qui aurait été la leur si les autorités de la Défenderesse avaient indemnisé les Demanderesses et non des tiers qui (de l'avis du Tribunal Initial) n'étaient pas les propriétaires des biens en question ; et*
- *il s'ensuit donc que le montant octroyé à ces tiers constituait la mesure correcte des dommages-intérêts. »*

198. Dans ce réexamen de la Sentence initiale le Tribunal de Resoumission altère, dans la première étape de son interprétation, le sens et la portée de sa prémisse (le §680 de la Sentence initiale²⁵⁰), et identifie abusivement

²⁵⁰ « §680. L'existence même de dommages [le montant pécuniaire à indemniser] résultant [lien de causalité] de la confiscation [l'injure] n'appelle aucune analyse particulière. Cette existence résulte à la fois, à l'évidence, de la nature des choses, d'une part, et de sa reconnaissance par la défenderesse d'autre part, et cela du seul fait des décisions prises en faveur de MM. Gonzalez, Venegas, Carrasco et Sainte-Marie. On ne conçoit pas, en

- A) **le concept de « *dommage* »**, i.e. le préjudice, l'atteinte subie en conséquence de la violation de l'article 4 de l'API à partir du 29 mai 1995, pleinement reconnue par la Sentence initiale, avec l'autorité de la chose jugée, aux paras 2 et 3 de son Dispositif), et
- B) **l'évaluation du montant de la compensation**, pour laquelle le Tribunal arbitral initial a estimé les preuves avancées par les Demanderesses insuffisantes et a procédé à l'évaluation qui figure au para. 4 du Dispositif de la Sentence initiale (annulé par le Comité *ad hoc*).

Ni l'existence d'un préjudice ni l'existence d'un dommage corrélatif ni la nécessité d'une indemnité financière pour compenser celui-ci ne font le moindre doute pour la Sentence initiale.

199. La prémisse ayant été ainsi altérée, les étapes suivantes à ce §212 interprétant la Sentence initiale continuent à invalider l'autorité de la chose jugée, qui considère établie et prouvée l'existence d'un préjudice résultant et la cause de celui-ci (le préjudice primaire, i.e. la violation de l'article 4 de l'API -§674 et paras. 2 et 3 du Dispositif de la Sentence initiale) donnant droit à une compensation pécuniaire en dédommagement.
200. Un excès de pouvoir manifeste et une infraction grave à une règle fondamentale de procédure (biais) sont également le fondement du raisonnement de la Sentence de Resoumission en interprétant, en violation de la *res iudicata* de la Sentence initiale, dans ses §§213 et 214, la Décision du Comité *ad hoc*, où le contenu du concept « dommages » est identifié avec le préjudice celui de l'injure (l'atteinte subie en conséquence de la violation de l'article 4 de l'API).
201. En effet, le §214 de la Sentence de Resoumission affirme:
- « Le Comité ad hoc commence par relever, après examen du dossier dans son intégralité, qu'il ne peut que conclure que les Parties n'ont jamais débattu des dommages découlant des violations de l'article 4 du TBI (la garantie d'un traitement juste et équitable) »,*
- et le §229 affirme à propos des conclusions de la Décision du Comité *ad hoc* :
- « notamment son paragraphe 261, dans lequel le Comité ad hoc tire de la Sentence Initiale les décisions du Tribunal Initial selon lesquelles les arguments des Demanderesses concernant les dommages-intérêts étaient strictement limités à ceux fondés sur l'expropriation ; que ceux-ci n'étaient pas pertinents pour les demandes fondées sur le déni de justice et la discrimination ; et que les Demanderesses n'avaient pas produit de preuves convaincantes du dommage en ce qui concerne ces demandes. »*

Ce §229 de la Sentence de Resoumission est une distorsion majeure lorsqu'il affirme que le Comité *ad hoc* aurait tiré de la Sentence initiale que les dommages fondés sur l'expropriation « *n'étaient pas pertinents pour les demandes fondées sur le déni de justice et*

effet, l'octroi d'une quelconque indemnité [pécuniaire] par l'autorité chilienne - fût-ce à d'autres que le véritable propriétaire des biens confisqués, par erreur ou intentionnellement - sans l'admission de dommages [le montant pécuniaire] causés [lien de causalité] par la confiscation [l'injure]. »

la discrimination. » Le Comité *ad hoc* s'est borné, à cet égard, à constater *la contradiction dans les termes* de la position prise ici par le Tribunal initial, en ce que tout en déclarant les estimations des Demanderesses fondées sur la confiscation en 1973-1975 sans pertinence, le para. 4 du Dispositif et le Ch. VIII de la Sentence initiale se fondent sur le processus suivi par la Décision 43 du 28 avril 2000 qui, à son tour, a estimé un montant de la compensation sur la base de la confiscation par le Décret n° 165 de 1975 ²⁵¹. Mais le **Comité *ad hoc* ne prend aucun parti sur ce qui serait ou non pertinent**, et il prend soin de le préciser :

*« Le Comité a, dans la présente partie de sa Décision, conclu à l'existence d'une erreur annulable dans le processus suivi par le Tribunal pour parvenir à sa conclusion, et non dans les modalités de calcul du montant des dommages-intérêts »*²⁵²

Le Comité *ad hoc* ouvre ainsi la porte afin que les parties puissent calculer, dans un débat contradictoire, si le montant du dommage pour violation de l'article 4 de l'API après la date de l'entrée en vigueur de l'API est équivalent, ou non, à celui de la confiscation antérieure à cette date.

202. Bien au contraire de ce qu'affirme la Sentence de Resoumission, la Décision du Comité *ad hoc* différencie également

- a) l'*injure*, i.e. le préjudice primaire, générateur de droit = la violation de l'article 4 de l'API à partir du 29 mai 1995, qui est la cause (lien de causalité)
- b) du *dommage*, i.e., l'atteinte effective d'un préjudice résultant du préjudice primaire, exactement l'infliction d'un dommage -consistant en la perte de la possibilité de faire valoir une réclamation indemnitaire du fait du rejet/paralysie des réclamations des Demanderesses au Chili, constatés par la Sentence initiale (§674) - et
- c) le *dédommagement*, i.e., compensation, impliquant nécessairement la détermination des modalités corrélatives d'évaluation du bilan de l'atteinte et tout ce que cela implique, de son calcul et de son règlement,

et le Comité *ad hoc* constate que la Sentence initiale a correctement établi que les Demanderesses avaient produit la preuve de l'existence de l'injure (la violation de l'article 4 de l'API), et que cette injure est en lien de causalité avec le dommage à compenser par le dédommagement.

Tenant compte de ces significations, le raisonnement du Comité *ad hoc* est le suivant :

§261. « Le Comité relève que le Tribunal a reconnu dans la Sentence que :

686. Il y a lieu de relever d'abord que l'argumentation des demanderesses concernant l'évaluation **du**²⁵³ *dommage* [l'évaluation du bilan de l'atteinte, et tout ce que cela implique] (ainsi du reste, par voie de conséquence, que la réfutation esquissée par la

²⁵¹ Cfr les §§687-693 de la Sentence initiale, Pièce C2

²⁵² Pièce C20, Décision du Comité *ad hoc*, §271 (Chapitre V. Motifs d'annulation. G, Dommages-intérêts, (1) Inobservation grave d'une règle fondamentale de la procédure. (i) Principe du contradictoire)

²⁵³ « Du », c'est-à-dire, l'atteinte matérielle effective d'où doivent se déduire les modalités d'estimation du dédommagement

défenderesse par exemple avec le rapport de l'expert Kaczmarek) se réfère à l'expropriation intervenue au Chili dans la période 1973-1977, notamment en 1975, et confirmée par la suite. »

§262. « (...) le Comité ne peut que conclure que les parties n'ont jamais débattu de **S** **dommage**²⁵⁴ **[le montant pécuniaire]** découlant des violations de l'article 4 de l'API [depuis 1995, **la violation**]. Les Demanderesses ont bien mentionné brièvement les dommages **[le montant pécuniaire]** liés à la rotative Goss et la Décision n° 43 [du 28-04-2000, **la violation**], mais uniquement dans le cadre de la demande fondée sur l'expropriation **[la violation]**. Il est significatif que la réparation demandée par les Demanderesses soit limitée aux dommages **[le montant pécuniaire]** résultant de l'expropriation **[la violation]**²⁵⁵ :

QU'IL DÉCLARE illégitime, contraire au Droit interne chilien et international, nulle et de nul effet *ab initio* la saisie par un acte de force [en 1973] et la confiscation [en 1975] des biens, droits et crédits de CPP S.A. et de EPC Ltée., la dissolution de CPP S.A. et EPC Ltée., ainsi que la nouvelle dépossession²⁵⁶ intervenue le 28 avril 2000 **[la violation]**, la Décision n° 43 ;

-QU'IL CONDAMNE l'État défendeur à indemniser en conséquence les parties demanderesses eu égard à la totalité de leurs dommages et préjudices **[le montant pécuniaire]** ainsi causés **[lien de causalité]**, y compris le *lucrum cessans* à partir de la date de l'acte de force - le 11 septembre 1973- jusqu'à la date de la Sentence -et ce pour un montant minimum estimé provisoirement à la date du 11 septembre 2002, sauf erreur ou omission, à US\$ 397.347.287, auquel s'ajoutent les dommages moraux et non patrimoniaux infligés à M. Victor Pey Casado selon l'estimation **[le montant pécuniaire]** que le Tribunal jugera opportune ; [soulignement ajouté]. »

§263. « La seule fois où la question des dommages préjudices **[le montant pécuniaire]** pour violation de l'article 4 de l'API **[la violation]** a été soulevée, c'est lors de l'audience de janvier 2007, lorsque le Président du Tribunal a demandé aux parties si le préjudice ou dommage **[le montant pécuniaire]** résultant **[lien de causalité]** de la violation hypothétique de la disposition relative au traitement juste et équitable **[la violation]** à partir de 1995) était le même que celui résultant de l'expropriation [en 1973] ou bien s'il était différent de celui-ci. »

§266. Comme elles l'ont expliqué dans leur Contre-mémoire sur l'annulation, les Demanderesses ont soutenu, lors de l'audience de janvier 2007, que l'indemnisation due **[le montant pécuniaire]** était **équivalente** à celle résultant **[lien de causalité]** de la confiscation [en 1973-1975], étant donné que la violation de l'API [à partir de 1995, **la violation**] par le Chili avait pour conséquence **[lien de causalité]** d'empêcher les Demanderesses d'obtenir une indemnisation au titre de la confiscation **[en 1973-1975]**, Le Tribunal a cependant adopté un autre standard. Il a placé les Demanderesses dans la situation dans laquelle elles se seraient trouvées s'il n'y avait pas eu de violation de l'API [de l'article 4 par la Décision 43, **la violation**], et il a accordé le montant fixé par la Décision n° 43 **[la violation]** » [soulignement ajouté].

²⁵⁴ Le pluriel "les dommages" porte ici sur les modalités de définition du dédommagement

²⁵⁵ Le Comité *ad hoc* ne dit pas ici que le montant pécuniaire résultant de l'infraction à l'article 4 de l'API ne pourrait-être pas équivalent à ce qui eût pu être été statué à titre d'indemnisation d'expropriation : une telle équivalence c'est exactement ce que les Demanderesses ont soutenu dans la procédure de resoumission, ce qui ne signifie nullement que c'est réclamé ou motivé ex article 5 de l'API

²⁵⁶ Celle du droit d'être attributaire d'une juste compensation

§267. « (...) de l'avis du Comité, le Tribunal ne pouvait pas examiner les éléments de preuve **[du montant pécuniaire]** et parvenir à une telle conclusion sans avoir donné aux deux parties la possibilité de présenter leurs arguments sur le critère d'indemnisation applicable et l'évaluation des dommages intérêts **[le montant pécuniaire]** au titre de la violation de l'article 4 de l'API **[la violation]**. »

203. Le résumé que les §§ 219-221 de la Sentence de Resoumission font est une réduction caricaturale et biaisée des arguments des Demanderesses à qui elle attribue un raisonnement imaginaire, en même temps qu'il réitère et persiste dans le sophisme consistant à ne pas différencier entre la violation de l'article 4 de l'API, le dommage - atteinte effectivement subi à partir de septembre 1995, préjudice résultant de la violation de l'article 4 de l'API et donnant lieu à dédommagement-, et l'évaluation pécuniaire de ce qui est dû aux Demanderesses comme conséquence de ladite violation (le lien de causalité):

§219. « Si les Demanderesses avaient été en mesure de le faire [produire le Jugement de la 1^{ère} Chambre civile de Santiago], poursuivent-elles, elles auraient pu convaincre le Tribunal Initial que la confiscation n'était pas en réalité un fait consommé dans les années 1970, et le Tribunal Initial aurait en conséquence décidé qu'il y avait une confiscation continue s'étendant au-delà de l'entrée en vigueur du TBI, au titre de laquelle les Demanderesses auraient effectivement eu droit à compensation en vertu du TBI ».

§220. « (...) les Demanderesses soutiennent que, si les autorités de la Défenderesse n'avaient pas insisté pour poursuivre l'adoption de la Décision n° 43 dans la procédure interne de restitution, selon laquelle une indemnisation au titre de la confiscation a été accordée à d'autres personnes alors que l'arbitrage initial était en cours, les Demanderesses auraient encore eu la possibilité de se prévaloir d'autres recours potentiels en vertu du droit chilien ».

Ces « recours potentiels en vertu du droit chilien » sont ceux découlant du constat *ex officio* de la nullité de droit public du Décret n° 165 de 1975 en vertu de l'article 7 de la Constitution du Chili, contenu dans le Jugement du 24 juillet 2008, point central sur lequel s'appuyaient les demandes devant le Tribunal arbitral de resoumission, car démontrant l'inexistence de la confiscation en droit interne.

Le Tribunal de Resoumission en déduit que les Demanderesses veulent corriger la Sentence initiale !! Pure invention.

Notons, à cet égard, l'aspect illogique d'une pareille supposition : les Demanderesses n'avaient aucun besoin d'une telle démarche, puisqu'à supposer démontrée ladite équivalence, la prise en compte en droit interne découlait de la position énoncée par le Tribunal arbitral ayant prononcé la Sentence initiale, qui, dans la Décision du 25 septembre 2001²⁵⁷, relative à des mesures provisoires concernant ladite Décision 43, avait affirmé « le principe de la primauté des procédures internationales par rapport aux procédures internes » (§§53-60), et conclut :

» Même à la supposer définitive sur le plan du droit interne chilien, la Décision n° 43 n'a pas 'tranché définitivement' et avec force de chose jugée, la question de la propriété des actions,

²⁵⁷ Pièce C30

mais elle a prononcé ou proposé un certain nombre d'indemnisations sur la base de motifs impliquant en effet ou présupposant une prise de position quant à cette propriété. Il n'apparaît donc pas que cette décision, à en juger par son texte, puisse être opposable aux Demanderesses comme une décision judiciaire ayant force de chose jugée (...) En tout état de cause, compte tenu du 'principe de la primauté des procédures internationales par rapport aux procédures internes' rappelé par les précédents cités plus haut, cette décision ne saurait ni lier le Tribunal Arbitral, ni prévaloir sur la décision que ce dernier pourrait être amené à rendre, dans l'hypothèse où il se reconnaîtrait compétent pour ce faire» (§§59-60 de la Décision du 25 septembre 2001).

Les Demanderesses ont réitéré devant le 2^{ème} Tribunal arbitral que la Sentence initiale ne devait pas être modifiée d'un iota (voir le §263 *infra*).

204. Le §221 de la Sentence de resoumission – confondant constamment la violation de l'API telle qu'établie au para. 2 du Dispositif de la Sentence initiale, et préjudice en résultant (i.e., infliction effective d'un dommage donnant droit à compensation (pécuniaire), para. 3 du Dispositif de la Sentence initiale) - persiste à nier que l'existence de l'un et l'autre est *res iudicatae*. Cette confusion dans la 2^{ème} Sentence déforme et rend notamment inintelligible le raisonnement des Demanderesses relatif au montant pécuniaire de l'enrichissement illicite et en dénature le sens, alors que l'estimation du montant par les Demanderesses découle exclusivement des infractions à l'article 4 de l'API postérieures au 24 mai 1995²⁵⁸, et – argument éliminé dans ce qui est retenu par le 2^{ème} Tribunal arbitral- de l'équivalence exposée plus haut, point central de la démonstration des Demanderesses:

« L'argument présenté pour le compte des Demanderesses à titre subsidiaire est que, quelles que soient les difficultés rencontrées pour établir un préjudice directement indemnisable, la perte subie par les Demanderesses et le profit retiré par la Défenderesse peuvent être considérés comme les deux aspects d'un jeu à somme nulle. La conséquence en serait que le préjudice causé aux Demanderesses et son évaluation monétaire sont simplement établis en calculant l'enrichissement qui en résulte pour la Défenderesse (c'est-à-dire découlant de la confiscation [de 1973-1975] continue et non indemnisée). »

205. Cette confusion constante cristallisée en **un excès de pouvoir manifeste, une infraction grave envers la *res iudicata* et une règle fondamentale de procédure (biais)**, est, également, le fondement des paras. 2 à 5 du Dispositif de la Sentence de Resoumission dans les paragraphes 219-221 cités et les §§230-235 (où il s'agit du préjudice résultant, i.e. infliction d'un dommage), selon lequel :

- « le Tribunal Initial n'a pas déterminé quel préjudice a été causé aux Demanderesses,
- les Demanderesses n'ont pas satisfait à la charge de prouver la nature et l'étendue du préjudice, et le lien de causalité du dommage »,
- les Demanderesses n'ont subi absolument aucun dommage matériel pouvant être démontré,

²⁵⁸ La Sentence initiale établi que le premier différend entre les parties est né le 24 mai 1995, voir les §§444, 77, 163, 210, 214, 215, 719

- si les Demanderesses pouvaient être présumées avoir subi quelque dommage, la cause immédiate du dommage était constituée par leurs propres actes,
- il n'y a pas de commencement de preuve que la Défenderesse, en sa qualité de partie adverse, devrait réfuter,
- les Demanderesses n'ont pas démontré de dommage matériel et qui est le résultat suffisamment direct de la violation par la Défenderesse de l'article 4 du TBI,
- le Tribunal ne peut donc pas, par principe, octroyer de dommages-intérêts,
- la question de l'évaluation ou de la quantification de ce dommage ne se pose pas, et
- le Tribunal n'admet pas les preuves produites de son montant (dont le Rapport financier Accuracy).

Ici le raisonnement du Tribunal de Resoumission est totalement confus, et est également la source d'un excès de pouvoir manifeste. Car seule la preuve de l'ampleur du dommage causé par la violation de l'article 4 de l'API à indemniser n'avait pas été établie devant le Tribunal initial,

« le Tribunal arbitral ne peut que constater que les demanderesses n'ont pas apporté de preuve, ou de preuve convaincante, ni par pièces, ni par témoignage, ni par expertise, des importants dommages [pécuniaires] allégués et causés par les faits relevant de la compétence ratione temporis du Tribunal arbitral [lien de causalité = violation de l'article 4 de l'API], et cela qu'il s'agisse du *damnum emergens*, du *lucrum cessans*, ou encore d'un dommage moral - la simple vraisemblance d'un dommage [pécuniaire] dans les circonstances concrètes de l'espèce ne suffisant évidemment pas. (...) le Tribunal arbitral est cependant en mesure de procéder à une évaluation du dommage [préjudice pécuniaire résultant de l'infraction à l'article 4] à l'aide d'éléments objectifs dès lors que, selon les données incontestées résultant du dossier, les autorités chiliennes elles-mêmes, à la suite de la Décision n° 43 [l'injure], ont fixé le montant [pécuniaire] de la réparation due aux personnes ayant, selon elles, droit à une indemnisation » [§§689-692 de la Sentence initiale, soulignement ajouté],

et son substitut par le Tribunal initial [les §§693-703, et le para. 4 du Dispositif de la Sentence initiale] a été annulé par le Comité *ad hoc* pour les raisons citées *supra* (§§201 *in fine* et 202).

206. L'excès de pouvoir et le biais du 2^{ème} Tribunal est ici également manifeste. L'éclaircissement du raisonnement du Tribunal initial dans le §679 de la Sentence initiale interdisait au deuxième Tribunal tout écart par rapport à l'exécution concrète de l'obligation d'indemniser et d'en calculer le montant, par définition pécuniaire.

Or la deuxième Sentence a écarté les conclusions du Tribunal initial, que la Sentence initiale a résumées aux §667, 674, 677 et 689, à savoir

- a) « Quant à l'invalidité des confiscations et au devoir d'indemnisation, il y a lieu de rappeler aussi des déclarations parfaitement claires de la défenderesse dans la présente procédure.⁶¹⁷ » (§667)²⁵⁹,
- b) que « l'illégalité des confiscations opérées par l'autorité militaire chilienne sur les biens litigieux n'est pas contestée par la défenderesse. Pas plus que cette dernière ne conteste l'obligation d'indemniser les victimes de confiscations contraires au droit. Ce qu'elle conteste en revanche, ainsi qu'on l'a vu, c'est la qualité pour agir des demanderesse, découlant de leur qualité de propriétaire ou d'investisseur » (§677),
- c) que **la cause du dommage**, le lien de causalité, selon le §689²⁶⁰ est constitué par « les faits relevant de la compétence ratione temporis du Tribunal arbitral, et cela qu'il s'agisse du *damnum emergens*, du *lucrum cessans*, ou encore d'un dommage moral », c'est-à-dire les faits résumés au §674 dont il ne restait à déterminer que les modalités de caractérisation du dommage pour estimation du dédommagement, i. e. « le calcul de son montant » selon ledit §679 de la Sentence initiale,
- d) alors que le §704 de la première Sentence réitère que ce qu'il restait à déterminer n'était pas l'existence d'un préjudice moral ni la cause de celui-ci mais « **l'évaluation** » du montant pécuniaire de celui-ci²⁶¹,
- e) et alors que le préjudice « moral » est le seul dont l'absence de justificatif du montant pécuniaire porte le §704 de la Sentence initiale à le dédommager sous la forme de « la satisfaction morale »,
- f) **le para. 2 du Dispositif de la 2^{ème} Sentence** -dont la version du 13 septembre 2016 renvoie dans la note en bas de page n° 387 au seul §704 de la première Sentence – **altère le sens de la *res iudicata* de la Sentence initiale en statuant, de manière contraire à cette dernière, que la seule forme de compensation envisagée dans la Sentence initiale pour l'ensemble des dommages subis par les Demanderesses serait « la satisfaction » :**

« que, comme cela a déjà été indiqué par le Tribunal Initial, sa reconnaissance formelle des droits des Demanderesses et du déni de justice dont elles ont été victimes

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

²⁶⁰ §689. « Dans l'exercice de son droit et pouvoir d'appréciation des preuves, le Tribunal arbitral ne peut que constater que les demanderesse n'ont pas apporté de preuve, ou de preuve convaincante, ni par pièces, ni par témoignage, ni par expertise, des importants dommages allégués et causés par les faits relevant de la compétence ratione temporis du Tribunal arbitral, et cela qu'il s'agisse du *damnum emergens*, du *lucrum cessans*, ou encore d'un dommage moral - la simple vraisemblance d'un dommage dans les circonstances concrètes de l'espèce ne suffisant évidemment pas »

²⁶¹ §704. « Une explication complémentaire se justifie en ce qui concerne la demande relative au dommage moral. Outre le fait que les demanderesse n'ont pas apporté de preuves permettant **l'évaluation** d'un tel **préjudice** le Tribunal arbitral estime que le prononcé de la présente sentence, notamment par sa reconnaissance des droits des demanderesse et du déni de justice dont elles furent victimes, constitue en soi une satisfaction morale substantielle et suffisante. »

*constitue en soi une forme de satisfaction au regard du droit international au titre de la violation par la Défenderesse de l'article 4 du TBI*³⁸⁷ »,

- g) et dans le §55 de la Décision du 6 octobre 2017²⁶² le 2^{ème} Tribunal confirme ce rejet de l'autorité de la chose jugée des paras. 2 et 3 du Dispositif de la Sentence initiale et leurs fondements respectifs, en réaffirmant que, «*sur le fondement de conclusions antérieures dans la Sentence Initiale* [qui ne peuvent donc être que celles comprises dans les paras. de celle-ci énumérés dans le §191 *supra* de la présente Requête, conclusions TOUTES relatives à une indemnisation de nature pécuniaire],

«*le Tribunal Initial était parvenu à une conclusion similaire dans sa propre Sentence* »,

à savoir que

«*la reconnaissance du déni de justice dont les Demanderesses avaient été victimes constituait en soi une forme de satisfaction au regard du droit international au titre de la violation par la Défenderesse de l'article 4 du TBI* »,

- h) alors que, réitérons-le, la Sentence initiale a attribué cette forme de *satisfaction* à la seule «*demande relative au dommage moral* » (§704).

**

2. L'admission du raisonnement du Chili concernant l'absence de préjudice subi par les Demanderesses va à l'encontre de la *res judicata* de la Sentence initiale. Excès de pouvoir manifeste / défaut de motifs

207. **Le §232 de la Sentence de Resoumission a admis l'argumentation du Chili sur l'absence de préjudice subi par les Demanderesses s'agissant des violations de l'API, alors que cette argumentation avait été rejetée, au stade de l'évaluation de la violation, par la Sentence initiale et le Comité *ad hoc*.**

208. Le Tribunal de Resoumission a manifestement excédé ses pouvoirs en considérant que les Demanderesses étaient requises de démontrer quel était le préjudice causé par les manquements identifiés par le Tribunal initial dans les parties non annulées de sa Sentence -dont le Chapitre VII, « Responsabilité de l'État pour violations de l'API- alors que la compétence du Tribunal de Resoumission étant seulement de tirer les conséquences de ce Chapitre VII «*quant à l'obligation d'indemniser, son exécution concrète et le calcul de son montant* » (§679 de la Sentence initiale), les Demanderesses étaient seulement requises de quantifier le montant des dommages résultant de ces manquements.

209. **Il était rigoureusement impossible, d'après les principes de la responsabilité de l'État, pour le Tribunal initial de parvenir à la conclusion que les Demanderesses avaient droit à**

²⁶² Pièce 201, Décision du 2ème Tribunal arbitral du 6 octobre 2017

compensation sans avoir déterminé qu'un manquement ou des manquements du droit international avaient causé préjudice aux Demanderessees.²⁶³

Ceci est simplement évident à partir des dispositions des articles de la CDI sur la responsabilité de l'État concernant les conséquences de manquements à des obligations de droit international. Un simple manquement ne donne pas, par lui-même, droit pour la partie qui a subi le préjudice, à des *réparations*, dont la compensation constitue l'une des formes. Il y a des obligations secondaires qui découlent d'un simple manquement, parmi lesquelles la cessation, mais le droit à une forme quelle qu'elle soit de réparation en rapport avec un manquement **s'ensuit seulement du manquement qui a causé préjudice**.

Ainsi, l'article 31 de la CDI sur la responsabilité de l'État pour fait internationalement illicite indique :

« 1. L'État responsable est tenu de réparer intégralement **le préjudice causé par le fait internationalement illicite**. 2. Le préjudice comprend tout dommage, tant matériel que moral, résultant du fait internationalement illicite de l'État. » (Emphase ajoutée).

Comme l'indique le commentaire à cet article de la CDI :

« (5) L'obligation de l'État responsable de réparer intégralement concerne le 'préjudice causé par le fait internationalement illicite'. La notion de 'préjudice', définie au paragraphe 2, doit être entendue comme englobant tout dommage causé par le fait illicite. »

En d'autres termes, pour avoir conclu à un « *droit à compensation* », *res judicata* dans la procédure de resoumission, le Tribunal initial devait avoir été en mesure d'identifier un dommage causé pour le manquement qu'il avait constaté.

En outre, le Commentaire aux articles de la CDI spécifie la signification d'une indemnisation dans le cadre du droit international sur la responsabilité de l'État :

“Comme l'a dit le surarbitre dans l'affaire du *Lusitania* : « La conception fondamentale des dommages-intérêts est la réparation d'une perte subie, une compensation octroyée par voie judiciaire pour un préjudice. La réparation doit être proportionnelle au préjudice, de façon que la partie lésée retrouve la totalité de ce qu'elle a perdu [note à pied de page omise]. »” (Emphase dans l'original).

De plus,

“l'indemnisation pécuniaire est censée compenser, dans la mesure où cela se peut, le dommage subi par l'État lésé du fait de la violation ; la **satisfaction** se rapporte à un préjudice non matériel, auquel une valeur monétaire ne peut être attribuée que de façon extrêmement approximative et théorique.” (pp. 264-265).

²⁶³ Pièce C19, ILC -Second Report by Special Rapporteur Roberto Ago on State Responsibility 1970, A/CN.4/233, §54: “As Anzilotti stated in his first work on the topic, international responsibility derives its raison d'être purely from the violation of a right of another State and every violation of a right is a damage (D. Anzilotti, *Teoria generale...* (op. cit.), p. 89, and especially Corso ... (op. cit.), p. 425, in which the author stresses the importance in international law of the honour and dignity of States, which are often given more weight than their economic interests, so that injury is equated in international law with the breach of an obligation)”, accessible dans <http://bit.ly/2vPvDoh>

En somme, un droit à compensation implique un remède pécuniaire, alors que tel n'est pas le cas d'un droit à satisfaction, car la satisfaction s'attache à un préjudice non susceptible d'être indemnisé financièrement ou à un préjudice pour lequel la partie lésée ne demande pas d'indemnisation.

Il apparaît donc clairement à partir de ces éléments de base incontestables du droit de la responsabilité de l'État qu'ayant conclu à un droit à compensation, le Tribunal initial avait déterminé qu'il y avait un préjudice matériel au détriment des Demanderesses, lequel, en l'absence de restitution (rendue impossible selon le Tribunal initial parce qu'il considérait que le transfert de propriété devait s'analyser en droit comme un fait accompli dès lors que, dans l'indétermination « *à la connaissance du Tribunal arbitral* » du statut du Décret 165, il avait estimé devoir s'aligner sur l'hypothèse de sa validité en droit interne), imposait un remède pécuniaire.

210. Bien entendu, le Chili avait invité le Comité *ad hoc* à annuler, entre autres, la conclusion de la Sentence initiale selon laquelle les Demanderesses avaient « *droit à compensation* », y compris pour défaut de motifs. Compte tenu de la législation de base sur la responsabilité de l'État, si le Comité *ad hoc* n'avait pas considéré que la position portant sur un « *droit à compensation* » était motivée par des raisons adéquates permettant de conclure en matière de cause et de préjudice, il aurait, à coup sûr, annulé cette partie de la sentence, soit pour défaut de motifs, soit parce qu'un Tribunal n'a pas le pouvoir d'accorder un « *droit à compensation* » en l'absence d'un préjudice matériel causé par le manquement à une obligation de droit international.

En prétendant trouver que le Tribunal initial n'avait pas déterminé qu'il y avait lien de cause à effet et préjudice matériel, le Tribunal de Resoumission a tenté de donner au Chili ce qu'après un examen attentif le Comité *ad hoc* avait refusé de lui donner²⁶⁴ : une annulation de la conclusion à un « *droit à compensation* » fondée sur un défaut de motifs en matière de cause et de préjudice.

211. En réalité, le Tribunal initial a identifié fort clairement en quoi il y avait cause et préjudice pertinents. Comme le Tribunal initial l'a énoncé au §679 de sa Sentence, ayant trouvé qu'il y avait une « *obligation d'indemniser* » (§§667, 677, 679), restait « *son exécution concrète et le calcul de son montant* », selon le cadre juridique et factuel dans lequel le Tribunal initial était en état de statuer :

« Ces faits ainsi rappelés, et la question de la qualité pour agir des demanderesses ayant été tranchée par le Tribunal arbitral, il reste à ce dernier à tirer les conséquences de ce qui précède, quant à l'obligation d'indemniser, son exécution concrète et le calcul de son montant. »

En d'autres termes, l'existence d'un lien de cause à effet (§674) et d'un préjudice ayant été établis avec l'autorité de la chose jugée (§§496, 497, 635, 667, 668, 728)²⁶⁵, la tâche restant

²⁶⁴ Pièce C20, Décision du Comité *ad hoc* du 18 décembre 2012, §§227-233

²⁶⁵ Pièce C2, Sentence initiale, §728 : « *il est constant que, comme le montrent les analyses et conclusions qui précèdent, les demanderesses ont eu gain de cause pour l'essentiel, qu'il s'agisse de la compétence du Centre et du Tribunal arbitral, du principe de la responsabilité de la République du Chili et de la violation de l'obligation internationale d'accorder à l'investissement un 'traitement juste et équitable', ainsi que, sur le fond, de leur qualité de propriétaire des investissements visés par les diverses mesures prises par les autorités chiliennes. Cela en dépit de la contestation déterminée opposée dès le début à la compétence internationale et à leurs réclamations.* »

au tribunal de Resoumission consistait à déterminer *la base du processus devant réaliser la pleine indemnisation des dommages, sur laquelle établir le quantum* correspondant, ainsi que le calcul de ce *quantum*. Les portions annulées dans la Sentence initiale sont exclusivement celles où le Tribunal initial a indiqué qu'il s'adonnait à ces dernières tâches.

212. Le Tribunal initial a clairement identifié les préjudices spécifiques causés aux Demanderesses par le déni de justice et la violation de l'obligation à un traitement juste et équitable stipulé dans le BIT Espagne-Chili: la Défenderesse, en attribuant à tort ce droit à compensation « *à des personnages qui, de l'avis du Tribunal arbitral, n'étaient pas propriétaires des biens confisqués, en même temps qu'elle paralysait ou rejetait les revendications de M. Pey Casado concernant les biens confisqués*» (**le manquement**, §674), a privé les Demanderesses d'un droit légal à compensation que le Chili avait lui-même octroyé aux Demanderesses de par la Constitution et les lois (**le préjudice**).²⁶⁶

213. Ainsi, comme le Tribunal initial l'a indiqué aux paragraphes ayant l'autorité de la chose jugée nos. 78, 445, 478, 566, 594, 630, 667, 668 et 669 de sa Sentence, les actions et omissions de l'État Chilien depuis 1995 ont eu pour effet de *dénier aux Demanderesses la restitution ou l'indemnisation promise du tort causé par le coup d'État et l'instauration du General Pinochet comme dictateur (§668), le tort (harm) en l'occurrence était clairement constitué par le refus depuis 1995 de restituer ou compenser leur investissement saisi lors du coup d'état*²⁶⁷ :

«§78. En 1995 les demanderesses saisirent le Président de la République (le 6 septembre 1995) ... que M. Pey Casado a réitérée le 10 janvier 1996 auprès du Président de la République.⁵⁴²⁶⁸ »

²⁶⁶ Ibid., Sentence initiale, §674 : « (...) la République du Chili a manifestement commis un déni de justice et refusé de traiter les demanderesses de façon juste et équitable. »

²⁶⁷ Ibid., Sentence initiale, §665 : « En bref, il s'agit de la conclusion selon laquelle M. Pey Casado a bien démontré avoir procédé à des investissements et être propriétaire de biens meubles ou immeubles qui ont été confisqués par l'autorité militaire chilienne. ». §666 « On rappellera à ce propos l'existence d'un jugement chilien [le 29 mai 1995, §§77, 163, 210, 214, 215, 444, 719] reconnaissant la propriété de M. Pey Casado sur les actions confisquées ainsi que le fait que les autorités chiliennes, exécutives et administratives (comme judiciaires) étaient informées des revendications et demandes formulées par les demanderesses ». « 667. Quant à l'invalidité des confiscations et au devoir d'indemnisation, il y a lieu de rappeler aussi des déclarations parfaitement claires de la défenderesse dans la présente procédure.[citations omises] ». «§668. Après le rétablissement au Chili d'institutions démocratiques et civiles, les nouvelles autorités ont proclamé publiquement leur intention de rétablir la légalité et de réparer les dommages causés par le régime militaire. Comme la défenderesse l'a souligné : '[...] les gouvernements démocratiques qui remplacèrent en 1990, au moyen d'élection libres, le Gouvernement de Pinochet, se sont primordialement préoccupés de réparer les dommages causés par le régime instauré au Chili par le coup d'état du 11 septembre 1973. En effet, le Gouvernement a pris les mesures pour réparer les dommages causés aux victimes dans tous les secteurs. Concrètement, en relation avec les confiscations, a été approuvée une loi qui dispose de la restitution ou indemnisation pour les biens confisqués, loi prise à l'initiative de l'Exécutif'» [footnote omitted]. «§669. Le Tribunal arbitral ne peut que prendre note avec satisfaction de telles déclarations, qui font honneur au Gouvernement chilien. Malheureusement, cette politique ne s'est pas été traduite dans les faits, en ce qui concerne les demanderesses»; §§ 677, 685 ou 728, soulignements ajoutés.

²⁶⁸ [54. V. requête d'arbitrage du 3 novembre 1997, p. 8 et annexe 23 à la requête d'arbitrage du 3 novembre 1997. V. requête d'arbitrage du 3 novembre 1997, p. 8 et annexe 23 à la requête d'arbitrage du 3 novembre 1997], pièces ci-jointes nos. C21 et C22, respectivement

« §445. Le 10 janvier 1996, M. Pey Casado réitère sa demande de restitution auprès du Président de la République²⁶⁹ L'offre de consultations amiables formulée par M. Pey Casado le 30 avril 1997^(381 Annexe 11 à la requête d'arbitrage du 3 novembre 1997 ; v. également annexe 12 à la requête d'arbitrage)²⁷⁰ n'ayant débouché sur aucun accord, M. Pey Casado a exprimé son consentement à l'arbitrage par lettre du 2 octobre 1997.³⁸²²⁷¹ »

« §478. (...) Les lettres adressées au Président de la République du Chili en 1995 et 1996 et au gouvernement chilien en 1997, qui visaient à obtenir une solution amiable du litige ne constituent pas davantage un exercice de l'option irrévocable prévue par l'article 10 de l'API. »

« §566. M. Pey Casado revendiquait le 20 novembre 1995 et le 10 janvier 1996 100% des droits de CPP S.A., ce qui incluait le pourcentage transféré à la Fondation. »

« § 594. M. Pey Casado ayant été contraint de quitter le Chili et n'ayant pu y retourner qu'en 1989⁵⁴⁶, il ne formule sa première demande de restitution des biens confisqués qu'en septembre 1995.⁵⁴⁷²⁷² (...) Le 10 janvier 1996, M. Pey Casado réitère sa demande de restitution auprès du Président de la République, sans obtenir de réponse.⁵⁵⁰²⁷³ Le 3 novembre 1997, les demanderesses déposent leur requête d'arbitrage auprès du CIRDI.⁵⁵¹²⁷⁴

« §630. En septembre 1995, M. Pey Casado a formulé sa première demande de restitution des biens confisqués. Le 20 novembre 1995, le ministère des biens nationaux informe M. Pey Casado que la loi d'indemnisation qui permettra de traiter les situations comparables à celle de M. Pey Casado n'a pas encore été promulguée. Le 10 janvier 1996, M. Pey Casado réitère sa demande de restitution auprès du Président de la République, sans obtenir de réponse. »

214. Le **préjudice** était le refus de ladite restitution ou compensation, et le **manquement** était les actions et omissions du Chili qui ont réalisé cela, ce qui est précisément constitutif d'un déni de justice et d'une violation de l'obligation de traitement juste et équitable contenu dans le BIT ; il se comprend aisément que le Tribunal ait trouvé un « *droit à compensation* » ou, comme il l'a exprimé ailleurs un « *devoir d'indemnisation* », une « *obligation d'indemniser* » (§§677, 679, 448, 454, 496, 728, nbp nos. 563, 589, 599, tous *res iudicata*), la seule question demeurant comment déterminer sur quelle base on peut estimer la *valeur* de la restitution ou indemnisation qui est dû aux Demanderesses en raison du fait internationalement illicite qu'ils ont subi : déni de justice/manquement à l'obligation de les faire bénéficier d'un Traitement Juste et Équitable.

215. Un préjudice survient *ipso facto* lorsqu'il y a atteinte d'un droit privé. Comme cela a été estimé dans le cas *Lusitania*

²⁶⁹ [380 Annexe 23 à la requête d'arbitrage du 3 novembre 1997], pièce ci-jointe C22

²⁷⁰ [381 Annexe 11 à la requête d'arbitrage du 3 novembre 1997 ; v. également annexe 12 à la requête d'arbitrage], pièces ci-jointes nos. C23 et C24, respectivement

²⁷¹ [382. Annexes 10 et 2 la requête d'arbitrage du 3 novembre 1997], pièces ci-jointes nos. C25 et C26, respectivement

²⁷² [« 547. Annexe 22 à la requête d'arbitrage du 3 novembre 1997 », pièce ci-jointe n° C27

²⁷³ [« 550. V. requête d'arbitrage du 3 novembre 1997, p. 8 et annexe 23 à la requête d'arbitrage du 3 novembre 1997 », pièces ci-jointes nos. C28 et C22f, respectivement

²⁷⁴ [« 551. Après l'échec de l'offre de consultations amiables formulée par M. Pey Casado le 30 avril 1997 (annexes 11 et 12 à la requête d'arbitrage du 3 novembre 1997), M. Pey Casado et la Fondation Président Allende ont exprimé leur consentement à l'arbitrage respectivement le 2 et le 6 octobre 1997 (annexe 10 et 2 à la requête d'arbitrage du 3 novembre 1997) », pièces ci-jointes nos. C25 et C26, respectivement

*It is a general rule of both the civil and the common law that every invasion of private right imports an injury and that for every such injury the law gives a remedy.*²⁷⁵

Le Tribunal Arbitral initial n'a laissé aucun doute quant au droit privé qui avait été « *rejeté ou paralysé* » par les actions et les omissions internationalement illicites du Chili (paragraphe 674) : ce droit était l'accès à **une possibilité de faire valoir une prétention légitime à restitution ou compensation** pour une saisie et confiscation de biens, saisie ou confiscation illégale, voire inconstitutionnelle, selon la législation interne du Chili :

« §679. "Ces faits ainsi rappelés, et la question de la qualité pour agir des demandereses ayant été tranchée par le Tribunal arbitral, il reste à ce dernier à tirer les conséquences de ce qui précède, quant à l'obligation d'indemniser, son exécution concrète et le calcul de son montant ».

216. C'est seulement lorsque le Tribunal Arbitral initial s'est tourné vers la question de la manière de déterminer le dommage, c'est-à-dire son atteinte portée au plan économique découlant de la mise en échec ou de la paralysie de toute possibilité de faire valoir cette prétention légitime, au moyen du déni de justice, que ses positions ont été soumises à annulation : mais l'existence et la nature du préjudice causé par la conduite internationalement illicite du Chili avait été déjà pleinement établie.
217. Comme il a été rappelé, le préjudice consistait en la perte de toute possibilité à partir du 29 mai 1995 de faire valoir, une prétention légitime à restitution ou dédommagement relativement à des biens illégalement saisis ou ayant fait l'objet de violations de la législation interne voire à compensations (et, en outre, l'attribution au moins d'une partie de ce droit à d'autres personnages qui n'avaient aucun titre valable aux biens affectés par la dissolution illégale des entreprises de presse CPP S.A. et EPC Ltée. et la confiscation de leurs biens par le Décret n° 165 de 1975).
218. Le Tribunal Arbitral initial a clairement établi que la combinaison des actions et omissions constitutif de la conduite internationalement illicite du Chili à partir de 1995, tout au moins pris dans leur ensemble, avaient eu l'effet de bloquer toute possibilité raisonnable de redressement, à l'intérieur du système politico-légal chilien, de la saisie et confiscation illégale et inconstitutionnelle, que ce soit par restitution ou compensation.
219. En définitive, en rouvrant les questions de liens de cause à effet et d'existence ou de nature du préjudice, et en mettant à la charge des Demanderesses la preuve correspondante, le Tribunal de Resoumission a manifestement excédé ses pouvoirs en rouvrant des sujets qui étaient *res judicatae*.
220. En effet, la Sentence de Resoumission remplace le raisonnement du Tribunal initial au **§679**, i. e. « *l'obligation d'indemniser* », « *son exécution* », « *le calcul de son montant* » - donc nécessairement de nature et forme pécuniaire- par le raisonnement opposé dont atteste le §202 de la Sentence de Resoumission :

²⁷⁵ Pièce C29, *Affaire Lusitania*, Sentence du 1^{er} novembre 1923, Nations Unies, Recueil des sentences arbitrales, vol. VII, page 35, accessible dans <http://bit.ly/2qOfzwl>

« 202. **Il reste** alors à ce Tribunal à **déterminer la nature et la forme** de la ‘compensation’ ainsi due ... » (soulignement ajouté),

à la suite de quoi dans le §223 elle passe sous silence de manière frappante et ne prend pas en compte l’éclaircissement dudit §679 de la Sentence initiale

« 223. (...) Le Tribunal prend en compte également les paragraphes 675, 677 et 680, qui, bien qu’ils fassent partie de la Section VIII de la Sentence Initiale et aient donc été annulés, éclairent néanmoins le raisonnement du Tribunal Initial dans les parties non annulées de sa Sentence » (soulignement ajouté),

alors même que le 2^{ème} Tribunal arbitral semble considérer que le Comité *ad hoc* n’a pas annulé tous les articles du Chapitre VIII de la Sentence initiale mais seulement ceux « *relatifs aux dommages-intérêts* » :

«Le Tribunal observe que la question de savoir si la Décision sur l’annulation a eu pour effet d’annuler l’ensemble du contenu de la Section VIII de la Sentence Initiale ou seulement les paragraphes ‘relatifs aux dommages-intérêts’²⁷⁶ est sujette à débat » ²⁷⁶ [soulignement ajouté].

221. La Sentence de Resoumission a adopté une position dans ses §§201, 212 qui va à l’encontre de l’autorité de la chose jugée lorsqu’elle affirme que la Sentence initiale n’aurait pas établi l’existence d’un préjudice aux Demanderesses

201 : « (...) Mais il [le Tribunal initial] n’interprète pas ce paragraphe [n° 3 du Dispositif de la Sentence initiale] comme dispensant une partie qui demande des dommages-intérêts de son obligation normale de prouver le préjudice ainsi que le lien de causalité »,

et le lien de causalité de celui-ci :

§212 : « [le Tribunal Initial aurait établi que] les Demanderesses n’avaient pas produit d’éléments de preuve, ou tout au moins d’éléments de preuve convaincants, de quelque nature

²⁷⁶ Pièce 201, Décision sur la correction de la Sentence du 13-09-2016, §55, dont la nbp n° 17 renvoi au §359 du Dispositif de la Décision du Comité *ad hoc* du 18 décembre 2012 qui statue : « 1. décide d’annuler (...) les paragraphes correspondants dans le corps de la Sentence relatifs aux dommages-intérêts (Section VIII) conformément à l’article 52(1)(d) et (e) .» Le 2^{ème} Tribunal y fait référence à l’échange intervenu entre les parties à l’occasion de la Requête du 27 octobre 2017, en rectification d’erreurs matérielles, qui indiquait aux §§25-26 : « Le §704 et le traitement de la demande relative au dommage moral font partie du Chapitre VIII et ils sont articulés avec le point 4 du Dispositif de la Sentence initiale. Tous ont été annulés par la Décision du Comité *ad hoc* du 18 décembre 2012, avec l’autorité de la chose jugée. Leur maintien, par le biais du renvoi, dans le Dispositif de la Sentence de 2016 est susceptible de créer des confusions dans son interprétation et application éventuelles. En conséquence, les Demanderesses sollicitent respectueusement de corriger cette erreur dans le point 2) du Dispositif de la Sentence de 2016, d’y supprimer les renvois à la partie annulée par le Comité *ad hoc* de la Sentence initiale, à savoir la phrase « comme cela a déjà été indiqué par le Tribunal Initial » et la note à pied de page n° 387 » (pièce C126). L’État Défendeur a répondu le 9 juin 2017 qu’il était d’accord avec les Demanderesses à ce sujet: «Claimants take issue with the reference in this paragraph to an ‘indicat[ion] by the First Tribunal’ that ‘its formal recognition of the Claimants’ rights and its finding that they were the victims of a denial of justice constitutes in itself a form of satisfaction under international law for the Respondent’s breach of Article 4 of the BIT’ — on the basis that the relevant portion of the 2008 Award (which the 2016 Award mentioned in a footnote) was annulled, and therefore no longer exists. Claimants are correct on that point; the portion of the 2008 Award wherein the First Tribunal had made that indication was indeed annulled” (page 12, citations omises, soulignement ajouté). En conséquence, le seul désaccord existant relatif à ce point est celui du 2^{ème} Tribunal arbitral

que ce soit, établissant l'existence d'un dommage [le préjudice] causé [lien de causalité] par les faits relevant de la compétence du Initial *ratione temporis* [les violations de l'article 4 de l'API]" (soulignement ajouté)

222. Bien au contraire, la seule « preuve » que trouve à manquer le §689 de la Sentence initiale n'est pas celle de l'existence du préjudice subi par les Demanderesses et du lien de causalité entre la violation de l'article de l'API et celui-ci, mais une preuve suffisante de l'évaluation du montant :

« des importants dommages [US\$] allégués et *causés* [lien de causalité] *par les faits relevant de la compétence ratione temporis du Tribunal arbitral* »,

c'est-à-dire les faits constitutifs des violations à l'article 4 de l'API identifiés dans le Ch. VII de la Sentence, « *Responsabilité de l'État pour les violations de l'API* ».

223. Ce raisonnement du Tribunal initial est clairement établi dans le raisonnement de la Sentence initiale *res iudicata* et, également, dans la Section « **A. Le dommage souffert par les parties demanderesses** » [§§680-704] dont fait partie le §689, qui différencie entre

- a) les violations de l'article 4 de l'API (le préjudice générateur de droit) que la Sentence initiale déclare établies et « constatées » dans sa partie *res iudicata* (Chapitre VII et les paras. n° 2 du Dispositif), de même que dans les §§681 et 693,
- b) un préjudice -*le dommage*- dont les violations de l'API en sont la cause, que la Sentence initiale déclare également établi, et que l'État du Chili a le devoir de compenser ((§674 et Dispositif de la Sentence initiale, para. n° 3, *res iudicatae*, et §§679, 680, 681, 682, 693, 703, 704),
- c) l'évaluation du montant pécuniaire du dommage (§§683, 684, 685, 686, 689, 690, 692, 702), dont une synthèse figure ci-après.

Le préjudice et le lien de causalité correspondant dans la Sentence initiale

224. La Sentence initiale affirme (soulignements ajoutés) :

§681. « (...) le Tribunal arbitral, lui, ne peut que se fonder sur le droit international pour constater le déni de justice [la violation] et le dommage [le préjudice] résultant nécessairement [lien de causalité] du traitement (non "juste et équitable") [la violation primaire] réservé à l'investissement. »

Ce paragraphe n'a pas été pris en compte dans la Sentence du 13 septembre 2016.

§682. « Dans leurs mémoires et dans la procédure orale, les demanderesses ont exposé (en tenant compte de la décision du Tribunal du 8 mai 2002 joignant les exceptions au fond) les raisons pour lesquelles elles avaient « droit à réparation [lien de causalité] conformément aux principes généraux du droit international, aux principes dégagés par la jurisprudence internationale et au droit chilien » On notera à ce propos que les demanderesses ont fondé

leur réclamation principalement sur la notion d'expropriation et l'article 5 de l'API [**la violation**] - alors que le Tribunal arbitral, compte tenu aussi des limites temporelles de sa compétence, a estimé que la base juridique correcte de la réclamation se trouvait (et ne pouvait se trouver que) dans l'article 4 de l'API relatif au traitement juste et équitable. Les demanderesses ont souligné que « la Décision N° 43 et le mécanisme mis en œuvre... pour régler la somme d'environ USD 9 millions à des tiers non propriétaires » constituaient [**lien de causalité**] « également » une violation de l'API du 2 octobre 1991 [**la violation**]. »

Ce paragraphe n'a pas été pris en compte dans la Sentence du 13 septembre 2016.

§693. « Il convient de rappeler dans ce contexte que le préjudice à **indemniser** [est] (...) celui souffert **en raison** [lien de causalité] des violations de l'API [**la violation**] que le Tribunal arbitral a constatées et à propos desquelles il est compétent pour rendre une décision. Notamment, l'**indemnisation** [**pécuniaire**] doit servir à mettre les demanderesses dans la position dans laquelle elles seraient si les violations en question [**la violation**] n'avaient pas eu lieu [lien de causalité]. (...) Par conséquent, c'est **le montant** payé comme **indemnisation en vertu de** [lien de causalité] **la Décision n°43** [violation de l'article 4 de l'API] qui correspond au préjudice souffert par les demanderesses. »

Ce paragraphe n'a pas été pris en compte dans la Sentence du 13 septembre 2016.

§703. « Le déni de justice [**la violation**] retenu par le Tribunal arbitral sur la question de la rotative Goss n'entraîne aucune indemnisation supplémentaire [**pécuniaire**]. En effet, cette rotative a été la propriété des sociétés dont les titres, appartenant aux demanderesses, ont fait l'objet de l'indemnisation [**pécuniaire**] décidée par le Tribunal arbitral » dans le para. n° 4 du Dispositif de la Sentence initiale.

Ce paragraphe n'a pas été pris en compte dans la Sentence du 13 septembre 2016.

704. « Une explication complémentaire se justifie en ce qui concerne la demande [d'indemnisation **pécuniaire**] relative au dommage moral. Outre le fait que les demanderesses n'ont pas apporté de preuves permettant l'**évaluation** [**pécuniaire**] d'un tel préjudice le Tribunal arbitral estime que le prononcé de la présente sentence, notamment par sa reconnaissance des droits des demanderesses et du déni de justice [**la violation**] dont [**lien de causalité**] elles furent victimes, constitue en soi une satisfaction morale substantielle et suffisante. »

Ce paragraphe 704 a été cependant utilisé dans le §243 et le para. n° 2 du Dispositif de la Sentence du 13 septembre 2016 et dans le §55 de la Décision du 6 octobre 2017, mais en en modifiant le sens et le but de la manière décrite au §§12, 18, 197 (c) et 206(lettres d) a h)) *supra*.

225. Le Tribunal arbitral initial poursuit :

§683. « Enfin, elles [les Demanderesses] **ont chiffré** [évaluation du montant] leur préjudice à USD 52'842'081. -- pour ce qui concerne le *damnum emergens* et à USD 344'505'593. -- pour le *lucrum cessans*, sommes à parfaire et à augmenter, en particulier, de la réparation des dommages moraux infligés [**le montant pecuniaire**] à M. Pey Casado ».

Ce paragraphe n'a pas été pris en compte dans la Sentence du 13 septembre 2016.

§685. « Le Tribunal arbitral estime superflu en l'espèce d'entrer dans une discussion de détail de l'argumentation soutenue par les demanderesses quant à l'évaluation des divers préjudices qu'elles allèguent [**le montant pécuniaire**] avoir subis (...) ».

Ce paragraphe n'a pas été pris en compte dans la Sentence du 13 septembre 2016.

§686. « Il y a lieu de relever d'abord que l'argumentation des demanderesses concernant l'évaluation [**du montant pécuniaire**] du dommage (...) ».

Ce paragraphe n'a pas été pris en considération dans la Sentence du 13 septembre 2016.

§689. « Dans l'exercice de son droit et pouvoir d'appréciation des preuves, le Tribunal arbitral ne peut que constater que les demanderesses n'ont pas apporté de preuve, ou de preuve convaincante, ni par pièces, ni par témoignage, ni par expertise, des **importants dommages allégués** [**le montant pécuniaire : USD 52'842'081 et 344'505'593**] et causés [**lien de causalité**] par les faits relevant de la compétence ratione temporis du Tribunal arbitral, et cela qu'il s'agisse du *damnum emergens*, du *lucrum cessans*, ou encore d'un dommage moral - la simple vraisemblance d'un dommage [évaluation pécuniaire] dans les circonstances concrètes de l'espèce ne suffisant évidemment pas. »

Ce paragraphe 689 de la Sentence initiale a été pris en considérations dans les §§212, 243 de la 2^{ème} Sentence de la manière que l'on a décrite au §206.

§690. « Le Tribunal arbitral ne sous-estime pas les difficultés pratiques pouvant confronter les demanderesses, le cas échéant, dans la recherche et l'obtention des preuves, dont la charge leur incombe, des dommages [**pécuniaires**] allégués [**les USD 52'842'081 et 344'505'593**] et de leur montant ».

Ce paragraphe 690 a été pris en considération dans les §§ 171 et 217 de la Sentence du 13 septembre 2016 de la manière que l'on décrit *supra* (§7).

§692. « En l'absence de preuves convaincantes [**à l'appui du montant pécuniaire**] apportées par les demanderesses et le recours à une ou plusieurs expertises devant être exclu, le Tribunal arbitral est cependant en mesure de procéder à une **évaluation** du dommage à l'aide d'éléments objectifs dès lors que, selon les données incontestées résultant du dossier, les autorités chiliennes elles-mêmes, à la suite de la Décision n° 43, ont fixé **le montant** de la réparation due aux personnes ayant, selon elles, droit à une indemnisation. »

Ce paragraphe n'a pas été pris en considération dans la Sentence du 13 septembre 2016, alors qu'une expertise envisagée par le Tribunal arbitral ne saurait concerner que la justification du montant, en aucun cas l'établissement du préjudice et/ou du lien de cause à effet **déjà établi** par le Tribunal arbitral initial.

§702. « (...) Le Tribunal arbitral estime que la condamnation de la défenderesse au paiement d'un tel montant [**le dommage, USD 10.132.690,18**] est de nature à placer les demanderesses dans la situation dans laquelle elles se seraient retrouvées si elles avaient fait l'objet, après l'entrée en vigueur de l'API, d'un traitement juste et équitable, en l'absence [**lien de causalité**] de tout déni de justice [**le préjudice** primaire]. »

Ce paragraphe n'a pas été pris en considération dans la Sentence du 13 septembre 2016.
(Soulignements ajoutés).

226. C'est en vertu de ces antinomies manifestes qu'apparaît déraisonnable, biaisée et contraire aux conclusions de la partie *res iudicata* de la Sentence initiale citée *supra* (§§12-18, 191) et *infra* (§§228, 229, 243-251) la prémisse du Dispositif de la Sentence de Resoumission fondant l'approche du Tribunal de resoumission sur une critique et une distorsion marquée des dispositions de la Sentence initiale.

Le préjudice et le lien de causalité correspondant dans la 2^{ème} Sentence. Abus de pouvoir et défaut de motifs

227. La 2^{ème} Sentence en est allé jusqu'à suggérer que le Comité *ad hoc* n'avait pas interprété le rapport de causalité établi dans la Sentence initiale comme le Tribunal de Resoumission aurait souhaité, et, en conséquence, que le Comité ne s'était pas montré suffisamment critique des parties de la Sentence initiale qu'il avait annulées

§215. « (...) une autre critique aurait éventuellement pu être portée à l'encontre des parties annulées de la Sentence Initiale, à savoir la manière selon laquelle elles tendent à faire abstraction de la distinction entre le préjudice (et la question connexe du lien de causalité) et l'évaluation de la compensation due au titre de ce préjudice. Comme indiqué ci-dessus (voir paragraphe 204 ci-dessus), cette distinction est fondamentale pour la mise en œuvre de l'article 3 des Articles de la CDI. (...) il s'agit d'un point qui doit demeurer au premier plan dans l'examen de ce Tribunal lorsqu'il abordera avec un nouveau regard la question de la compensation, sur la base des conclusions non annulées du Tribunal Initial aux paragraphes 2 et 3 du dispositif de sa Sentence » (soulignement ajouté).

228. Comme il va maintenant être développé, toute la stratégie du Tribunal de Resoumission a consisté à donner au Chili dans la 2^{ème} Sentence ce qu'il n'avait pas obtenu du Comité *ad hoc*, en rouvrant des sujets que celui-ci avait déclaré *res judicatae* et par conséquent manifestement au-delà des pouvoirs du Tribunal de Resoumission²⁷⁷.

229. Cette opération alchimique a été accomplie dans la 2^{ème} Sentence au moyen d'une vision tortueuse et déformée de ce qui avait et/ou n'avait pas été décidé dans les parties non annulées de la Sentence initiale, la 2^{ème} Sentence procédant à cet égard par un **abus de pouvoir manifeste** et une **totale absence de motifs**. Cela alors même que le Chili demandait du Tribunal de Resoumission, sous des formes à peines différentes, de lui reconnaître ce que le Comité *ad hoc* lui avait déjà refusé.

²⁷⁷ Pièce C43, audience du 15 avril 2015, 16:47, page 161 lignes 11-16, le Président du Tribunal : « *the Tribunal has as the basis for its consideration two legal decisions which have binding force. By that I mean the award of the first tribunal -- except, of course, to the extent that it has been partially annulled -- and also the decision of the ad hoc committee on annulment* »

Ainsi, au § 232, la Sentence de resoumission retient en premier lieu l'argumentaire du Chili selon lequel les Demanderesses n'auraient subi « *aucun dommage en raison de l'affaire de la rotative Goss, car ce qui était demandé dans cette affaire, c'était la restitution de la rotative ou une indemnisation au titre de sa confiscation, demande qui a été le moment venu englobée dans la version longue des demandes des Demanderesses dans l'arbitrage initial et a été rejetée par le Tribunal initial au motif qu'elle était en dehors du champ du TBI* ».

Le Tribunal marque ensuite son accord avec cette argumentation au § 233 : « *Le Tribunal estime que les arguments avancés par la Défenderesse sont parfaitement fondés* », et en déduit que : « *les Demanderesses n'ont pas démontré de dommage matériel causé à l'une ou l'autre d'entre elles et qui est le résultat suffisamment direct de la violation par la Défenderesse de l'article 4 du TBI* » (soulignement ajouté).

Or, le Tribunal de resoumission se méprend manifestement sur la nature de la violation de l'API constatée dans la Sentence initiale : contrairement à ce que pouvait laisser penser l'argumentation du Chili, ce n'est pas l'absence de restitution de la presse Goss ou d'indemnisation y relative qui a été considéré par le Tribunal initial comme constituant une violation de l'API, mais « *la paralysie* », durant sept années, des procédures étatiques chiliennes relatives à la presse Goss, reconnue comme l'une des composantes de la violation de l'article 4 de l'API²⁷⁸.

Le Tribunal de resoumission, en faisant droit à l'argumentation du Chili sur ce point, nie l'effet de la *res judicata* de la Sentence initiale.

C'est également le cas des arguments présentés par le Chili s'agissant de l'absence alléguée de préjudice résultant de la Décision n° 43, comme le montre l'exemple qui suit.

Le Chili a sollicité

D'abord du Comité *ad hoc*²⁷⁹

et ensuite du Tribunal de Resoumission²⁸⁰

505. Claimants therefore do not address the Republic's main argument, which is that <u>the Tribunal provided no explanation whatsoever as to how Mr. Pey possibly could have been compensated through Decision 43, given that he voluntarily excluded himself from the relevant administrative proceedings that were a prerequisite to any such compensation.</u> [Soulignement ajouté]	139. The Respondent further submits that the Claimants' brought the harm on themselves by their own actions, by knowingly and voluntarily declining to participate in the relevant Chilean reparations process established by Law No. 19.568, instead opting to pursue their expropriation claims in an international forum, which, through the 'fork-in-the-road' clause in the Chile-Spain BIT, made it impossible for the Respondent to compensate them under Chilean law for the expropriation of El Clarín.
	152. The Respondent maintains that Mr Pey Casado was duly notified of the comprehensive reparations programme for military-era

²⁷⁸ Pièce C2, Sentence initiale, §§658, 659, 674

²⁷⁹ Pièce C20, Décision du Comité *ad hoc* du 18 décembre 2012

²⁸⁰ Pièce C9f, Sentence arbitrale du 13 septembre 2016

506. (...) annulment on this ground is especially compelled by the fact that, in the end, the finding that Decision 43 discriminated against Mr. Pey was the exclusive basis for the Tribunal's award of monetary damages to Claimants.	expropriations promulgated through Law No. 19.568, and invited to participate in it,³⁰⁶ but, under the 'fork-in-the-road' provision in the BIT that required a choice between international and domestic remedies, Mr Pey Casado and the Foundation chose to notify the Chilean Ministry of National Assets that they would not pursue any claims through the 1998 programme.
514. (...) the Award does not explain what Claimant's discrimination claim consisted of, in what pleading it had been asserted, what supporting evidence had been submitted, or what the relevant request for relief had been.	155. According to the Respondent, the Claimants' actions were confined to efforts to stop the execution of Decision No. 43, and did not at any point include any affirmative request for compensation for the full expropriation value of El Clarín. 157. (...) As the Claimants had expressly waived their right to assert claims under the 1998 reparations programme, no harm is attributable to the discrimination engendered by Decision No. 43; therefore, no compensation is to be awarded.
<u>DÉCISION DU COMITÉ AD HOC :</u> <u>TOUTES CES PRÉTENTIONS DU CHILI SONT REJETÉES</u> « <i>Analyse du Comité</i> 233. Les Demanderesses, dans la longue citation extraite de leur Contre-mémoire et reproduite ci-dessus, ont démontré, d'une manière tout-à-fait convaincante pour le Comité, que le Tribunal a amplement motivé sa conclusion selon laquelle la Décision n° 43 du Chili était discriminatoire à l'encontre des Demanderesses et violait donc l'article 4 de l'API. <i>La demande en annulation présentée par la Défenderesse sur le fondement de ce motif est donc rejetée.</i>	<u>LA 2^{ÈME} SENTENCE ACCORDE AU CHILI CE QUE LE COMITÉ AD HOC LUI AVAIT REFUSÉ</u> I. Analysis 232. La Défenderesse soutient que (...) les Demanderesses n'ont subi absolument aucun dommage (...) en raison de la Décision n° 43, car les Demanderesses n'auraient pas pu bénéficier d'un processus d'indemnisation auquel elles avaient délibérément et explicitement choisi de ne pas participer (en raison de la clause d'option irrévocable (« <i>fork-in-the-road</i> ») du TBI). (...) si les Demanderesses pouvaient être présumées avoir subi quelque dommage, la cause immédiate du dommage était constituée par leurs propres actes. 234. Le Tribunal estime que les arguments avancés par la Défenderesse sont parfaitement fondés.

230. Alors que les Demanderesses, à la différence de la Défenderesse, n'ont à aucun moment manifesté avoir trouvé une quelconque ambiguïté ou incertitude dans la Sentence initiale, la 2^{ème} Sentence étend aux Demanderesses les déclarations en ce sens de la seule Défenderesse :

« §250. (...) le fait que les ambiguïtés et les incertitudes qui demeuraient même dans les parties non annulées de la Sentence Initiale ont posé de réelles difficultés tant pour les Demanderesses que pour la Défenderesse dans la conduite de la procédure.”

Ceci d’autant plus que la Décision du Comité *ad hoc* a clairement assumé et confirmé l’interprétation des Demanderesses selon laquelle, dans un contexte tel que celui de l’espèce, la compensation dont il est question dans le point 3 du Dispositif de la Sentence initiale, visant à placer les victimes de l’infraction dans la position où elles se trouveraient vraisemblablement si elle n’avait pas eu lieu, serait de nature financière ²⁸¹ :

La Décision du Comité *ad hoc* affirme

“165. Les Demanderesses sont en désaccord avec le raisonnement du Chili. Elles expliquent¹⁰³²⁸² :

425. Par cet argument, la République du Chili entend enfermer le Tribunal arbitral - et partant le Comité *ad hoc* - dans un syllogisme simpliste qui peut se résumer ainsi : l’acte instantané et achevé qu’est le Décret n°165 de 1975 édictant la dissolution de CPP S.A. et EPC Ltée et le passage de tous leurs biens à l’État équivaut à l’extinction pure et simple de tous les droits afférents à ces biens, et en particulier de la protection conférée par l’API. [...]

433. S’agissant du point de savoir si l’investissement effectué par Monsieur Pey en 1972 était couvert par l’API, le Tribunal fonde sa décision sur l’article 2.2 de l’API qui prévoit :

Le présent Traité s’appliquera aux investissements qui seraient réalisés à partir de son entrée en vigueur par des investisseurs de l’une des Parties contractantes dans le territoire de l’autre. *Toutefois, il bénéficiera également aux investissements réalisés antérieurement à son entrée en vigueur et qui, selon la législation de la Partie contractante concernée, auraient la qualité d’investissement étranger.* (Soulignement ajouté)

434. Or, rien dans cet article [de l’API] n’impose que l’investissement réalisé existe encore²⁸³ à la date de la violation par l’État d’accueil. Il impose seulement que l’investissement réalisé antérieurement à l’entrée en vigueur ait été réalisé conformément à la législation en vigueur dans l’État d’accueil à la date de l’investissement. Le Tribunal a conclu que tel était le cas.

435. L’argument de la Défenderesse consiste à imposer un critère supplémentaire dans la définition des investissements protégés par l’API. Or, comme l’a indiqué le Tribunal arbitral à propos de la définition du terme « *investissement* » « *une telle démarche serait de toute évidence contraire à l’article 31 de la Convention de Vienne sur le droit des traités* ».

²⁸¹ Pièce C20, Décision du Comité *ad hoc* du 18 décembre 2012, §§229, 258, y compris pour le dommage moral (§§ 59, 60, 258)

²⁸² *Ibid.*, « 103 Voir C-Mém. Dem. Annul., paras. 425 ; 433-438. Notes de bas de page omises »

²⁸³ Signalons, en passant, que dans le contexte d’un acte de force du type dont il s’agit ici, le sens même de l’expression « *l’investissement existe encore* » nécessite d’être précisé avant qu’aucune considération puisse être avancée de façon pertinente. En effet, dès lors que l’API attache des droits spécifiques au fait qu’il y ait eu un investissement, ces droits constituent en eux-mêmes un investissement, dont seul, par définition, un Tribunal compétent peut édicter les modalités de mise en œuvre, ou, au contraire, l’extinction. Ce que le Tribunal initial a fait, dans le sens de la mise en œuvre

436. En outre, l'imposition d'une telle condition supplémentaire contrevient à l'objet même du droit international de protection des investissements. En effet, suivre l'argument de la République du Chili équivaudrait à vider de son sens tout traité de protection des investissements.

437. Ceci a d'ailleurs été rappelé dans plusieurs affaires portées devant des tribunaux arbitraux CIRDI et encore récemment dans la sentence rendue le 15 avril 2009 dans l'affaire *Phoenix Action Ltd c/ la République Tchèque* qui précise :

[it] is true that an investment that has come to a standstill, because of the host State's actions, would still qualify as an investment, otherwise the international protection of foreign investment provided by BITs would be emptied of its purpose.

438. Il résulte des développements précédents que le Comité *ad hoc* devra rejeter la demande d'annulation de la République du Chili sur ce fondement celle-ci étant irrecevable et à tout le moins mal fondée. [Soulignement et caractères italiques dans l'original]

« 166. En outre, les Demanderesses réfutent l'affirmation du Chili selon laquelle le Tribunal n'a pas motivé ses conclusions sur ce point¹⁰⁴.²⁸⁴

« Analyse du Comité

« 167. Le Comité est d'accord avec les Demanderesses. Il n'entre pas dans les attributions du Comité de dire qu'il est d'accord avec le raisonnement et la conclusion du Tribunal sur quelque question que ce soit (bien qu'il le soit sur cette question particulière). Cependant, il entre tout-à-fait dans ses attributions d'examiner le raisonnement et la conclusion du Tribunal sur chaque question soulevée par la Défenderesse, comme il l'a fait, et de s'assurer, au regard de ces motifs spécifiques, que le Tribunal n'a pas excédé ses pouvoirs, ni n'a omis de motiver sa décision.

« 168. Le Comité note que cet argument de l'« investissement existant » n'avait pas été soulevé par le Chili devant le Tribunal. Néanmoins, le Comité considère que, aux fins des motifs invoqués, le Tribunal a appliqué l'article 2(2) de l'API et le droit chilien applicable pour conclure que l'investissement effectué par M. Pey Casado en 1972 était bien couvert par l'API¹⁰⁵²⁸⁵. En outre, le Comité est d'accord avec les Demanderesses sur le fait que l'on aurait pu faire valoir que l'obligation d'accorder une réparation au titre de la violation de droits perdure même si les droits en tant que tels ont pris fin¹⁰⁶²⁸⁶, dès lors que l'obligation au titre du traité en question était en vigueur à l'égard de l'État concerné au moment de la violation alléguée¹⁰⁷²⁸⁷. Ces principes ont été respectés par le Tribunal dans la section de la Sentence consacrée à l'application de l'API *ratione temporis*¹⁰⁸²⁸⁸. Le Comité estime que le Tribunal n'a pas expressément abordé la question de l'investissement existant car elle n'avait pas été soulevée en ces termes par les parties dans la procédure arbitrale. Par conséquent,

²⁸⁴ *Ibid.*, «104 *Ibid.*, paras. 439 et s. »

²⁸⁵ *Ibid.*, « 105 Voir Sentence, paras. 431-432 »

²⁸⁶ *Ibid.*, « 106 Voir *Jan de Nul N.V. et Dredging International N.V. c. République arabe d'Égypte*, Affaire CIRDI ARB/04/13, Décision sur la compétence en date du 16 juin 2006, para. 135 »

²⁸⁷ *Ibid.*, « 107 Voir *Mondev International Ltd. c. les États-Unis d'Amérique*, Affaire CIRDI ARB(AF)/99/2, Sentence en date du 11 octobre 2002, para. 68 (ci-après '*Sentence Mondev*') ». La paralysie et/ou rejet de toutes les réclamations de M. Pey Casado, qui ont détruit toute possibilité de recours en droit interne, ont eu lieu alors que les droits selon l'API étaient en vigueur. À quoi s'ajoute évidemment la privation frauduleuse de la preuve de la nullité de droit public du décret confiscatoire que le Comité *ad hoc*, quant à lui, n'a pas examiné. Ce qui n'avait pas à être le cas du Tribunal arbitral initial, qui a condamné le Chili de ce fait pour déni de justice et étaye clairement l'équivalence du dédommagement

²⁸⁸ *Ibid.*, «108 Voir Sentence, paras. 419-466 »

on ne peut pas considérer que le Tribunal n'a pas motivé sa décision. La demande en annulation de la Défenderesse sur le fondement de ce motif est par conséquent rejetée. »

[La Décision du Comité *ad hoc* poursuit]

“Position des Demanderesses

« 256. Les Demanderesses sont de l'avis qu'il n'y a eu, dans les circonstances, aucune inobservation d'une règle fondamentale de procédure parce que l'adoption par le Tribunal du calcul des dommages-intérêts dans la Sentence était justifié. Selon les termes employés par les Demanderesses, 'le quantum du dommage réparable au titre du déni de justice et traitement discriminatoire était le même que celui résultant de la confiscation, les violations du Chili n'ayant eu pour conséquence que de priver les Demanderesses d'obtenir réparation pour les confiscations subies [...]' »²⁸⁹₁₈₅²⁹⁰.

« 257. Les Demanderesses soutiennent qu'elles n'ont pas présenté de demandes de dommages intérêts spécifiques au titre des violations de l'article 4 puisqu'elles étaient comprises dans la demande d'indemnisation pour expropriation¹⁸⁶²⁹¹. De la même manière que pour la demande fondée sur le déni de justice, elles font référence à leur Demande complémentaire du 4 novembre 2002, p. 13 :

'Enfin cette demande n'a pas d'incidence sur le montant total des dommages et intérêts sollicités dans la procédure principale. En effet, le rapport des experts « Alejandro Arráez et Associés » sur l'évaluation du groupe d'entreprises du journal Clarín (pièce D18) avait conclu que l'indemnisation correspondant aux presses GOSS établie par la 1^{ère} Chambre Civile de Santiago devait être déduite de l'évaluation qu'ils avaient faite du montant global des dommages et intérêts. Cette position est confirmée par le rapport complémentaire du 28 octobre 2002 ci-joint (pièce C225).'

« 258. S'agissant de la demande fondée sur la discrimination, elles soutiennent que les dommages-intérêts étaient inclus dans leur rapport d'expert du 19 février 2003¹⁸⁷²⁹². Elles font également référence à l'audience de janvier 2007¹⁸⁸²⁹³:

'L'interprétation des Demanderesses est que si cette Décision 43 constituait une nouvelle violation du traitement équitable, il conviendrait, notamment dans le calcul du dommage, de tenir compte des actes passés du gouvernement et de la République du Chili, qu'il s'agisse des actes de 1995 ou des décrets de 1977 et 1975 et, dès lors, le calcul de l'indemnité ne serait pas différent si ce n'est qu'il serait peut être augmenté, en ce qui concerne le préjudice moral, qui est l'un des chefs de préjudice demandé, puisque le dommage moral qu'il s'agisse de celui de M. Pey ou de celui de la Fondation a été augmenté par cette nouvelle violation de la République du Chili'.

« Analyse du Comité

*263. La seule fois où la question des dommages pour violation de l'article 4 de l'API a été soulevée, c'est lors de l'audience de janvier 2007, lorsque **le Président du Tribunal a demandé aux parties si le préjudice ou dommage résultant de la violation hypothétique de la disposition relative au traitement juste et équitable était le même que celui résultant de***

²⁸⁹ *Ibid.*, §256

²⁹⁰ *Ibid.*, «185 Voir C-Mém. Dem. Annul., para. 613 ; voir aussi Répl. Dem. Annul., paras. 208 et s.»

²⁹¹ *Ibid.*, «186 Voir C-Mém. Dem. Annul., para. 592 »

²⁹² *Ibid.*, «187 Voir Répl. Dem. Annul., para. 210.»

²⁹³ *Ibid.*, «188 Voir C-Mém. Dem. Annul., para. 593, qui cite Tr. Comp. [2] [p. 50] (Fr.). »

*l'expropriation ou bien s'il était différent de celui-ci*¹⁹⁷²⁹⁴. Cependant, comme il ressort du dossier, l'audience de janvier 2007 avait pour objet de traiter des questions de compétence. Il est évident pour le Comité que la Défenderesse (*et les Demanderesse(s)*) a (*ont*) eu très peu de temps lors de l'audience pour répondre à la question posée par le Président. (...) » (soulignement ajouté).

« 266. (...) Comme elles l'ont expliqué dans leur Contre-mémoire sur l'annulation²⁰¹²⁹⁵, *les Demanderesse(s) ont soutenu, lors de l'audience de janvier 2007, que l'indemnisation due était équivalente à celle résultant de la confiscation, étant donné que la violation de l'API par le Chili avait pour conséquence d'empêcher les Demanderesse(s) d'obtenir une indemnisation au titre de la confiscation.* Le Tribunal a cependant adopté un autre standard. Il a placé les Demanderesse(s) dans la situation dans laquelle elles se seraient trouvées s'il n'y avait pas eu de violation de l'API, et il a accordé le montant fixé par la Décision n° 43. » (soulignement ajouté).

[Fin de citation de la Décision du Comité *ad hoc*]

En définitive, en admettant les arguments du Chili tenant à l'absence de préjudice subi par les Demanderesse(s) du fait des violations établies par la Sentence initiale, alors que l'existence d'un tel préjudice avait été constaté par la Sentence initiale, et que les arguments du Chili avaient déjà été écartés par le Comité *ad hoc*, le Tribunal a violé l'autorité de la chose jugée de la Sentence initiale, et s'est rendu coupable d'un excès de pouvoir manifeste.

231. Les conclusions de la 2^{ème} Sentence quant à ce que les Demanderesse(s) n'auraient pas réellement exposé leurs arguments concernant la relation de cause à effet ayant entraîné les dommages, et la nature du préjudice résultant, sont entachées par un manquement total à exposer les raisons sur lesquelles elles sont fondées

1. Nous avons déjà vu que le Tribunal de Resoumission avait manifestement excédé ses pouvoirs en affirmant que les Demanderesse(s) devaient démontrer la relation de cause à effet et l'existence et la nature du préjudice résultant (infliction de dommages) de la conduite internationalement illicite de la Défenderesse, des lors que le Tribunal arbitral initial avait déterminé que ledit lien de cause à effet et la nature du préjudice ainsi causé étaient établis, à telle enseigne que le Tribunal arbitral initial s'était estimé en mesure de déclarer que les Demanderesse(s) avaient « droit à compensation » et, pour surcroît de certitude, que ce « droit à compensation » donnait droit à une « obligation d'indemniser » les Demanderesse(s), restant seulement à déterminer le montant de l'indemnité (§§496, 497, 635, 667, 668, 728)²⁹⁶. Le tout demeurant non annulé, donc *res iudicata*, et manifestement en dehors des pouvoirs de retraitement ou reconsidération du Tribunal de Resoumission.

²⁹⁴ *Ibid.*, « 197 Voir RA-26c, qui fait référence à Tr. Comp. [p. 49] (Fr.). »

²⁹⁵ *Ibid.*, « 201 Voir C-Mém. Dem. Annul., para. 613. »

²⁹⁶ Pièce C2, Sentence initiale, §728 : « il est constant que, comme le montrent les analyses et conclusions qui précèdent, les demanderesse(s) ont eu gain de cause pour l'essentiel, qu'il s'agisse de la compétence du Centre et du Tribunal arbitral, du principe de la responsabilité de la République du Chili et de la violation de l'obligation internationale d'accorder à l'investissement un 'traitement juste et équitable', ainsi que, sur le fond, de leur qualité de propriétaire des investissements visés par les diverses mesures prises par les autorités chiliennes. Cela en dépit de la contestation déterminée opposée dès le début à la compétence internationale et à leurs réclamations. »

Or, à cela s'ajoute que l'affirmation selon laquelle les Demanderesses n'auraient pas vraiment exposé leurs arguments quant aux dommages découlant du préjudice spécifique causé par la conduite internationalement illicite en question (dénier de justice/violation de l'obligation d'un traitement juste et équitable) **n'est appuyée sur aucune raison d'aucun ordre.**

À dire vrai une telle affirmation paraît fantaisiste à la lecture des écritures des Demanderesses. De fait, il ressort de ces dernières que les Demanderesses ont développé une théorie légale, lucide et complète, ayant trait au fondement approprié pour la détermination du *quantum* du dédommagement relatif au préjudice résultant des actes internationalement illicites retenus par le Tribunal arbitral initial, qui a été appuyée ensuite par les calculs de leur expert portant sur le *quantum* actuel, en parfaite correspondance avec ce qui était *res iudicata* dans la Sentence initiale concernant le manquement, le lien de cause à effet et l'existence comme la nature du préjudice.

Les éléments de cette théorie juridique ont été notamment présentés aux §§201 à 342 de leur Mémoire du 27 juin 2014, sous des rubriques telles que « LE PREJUDICE SUBI PAR LES DEMANDERESSES » (5), « Le préjudice résultant du déni de justice » (5.1), « Le préjudice lié à la paralysie des juridictions internes » (5.1.2.1) ; « Le préjudice résultant de la violation du traitement juste et équitable et notamment de la Décision n°43 » (5.2).²⁹⁷

Au lieu de s'attacher à l'examen des arguments de droit, spécifiques et détaillés, et de l'exposé des données factuelles corrélatives contenus dans ces nombreuses pages et nombreux paragraphes du Mémoire des Demanderesses, ou du témoignage de l'expert des Demanderesses mettant en correspondance ces éléments avec la méthodologie financière adaptée au calcul du dommage, le Tribunal de Resoumission s'en est tenu à l'affirmation primaire et dépourvue de justification qu'« *il devient clair que les Demanderesses n'ont pas satisfait à cette charge de la preuve ; en effet, on pourrait dire que dans un sens, elles n'ont même pas cherché à le faire, dans la mesure où elles ont centré leurs arguments sur l'évaluation du dommage, sans démontrer au préalable la nature précise du préjudice, le lien de causalité et le dommage lui-même* » (souligné dans l'original, §232)

Ne serait-ce qu'un simple passage en revue des §§201 à 342 du Mémoire des Demanderesses démontre la distorsion frauduleuse contenue dans cette affirmation du Tribunal.

Il va de soi qu'une simple expression de désaccord de la part du Tribunal avec tel ou tel argument particulier ou affirmation factuelle concernant le lien de causalité et le préjudice dans les paragraphes du Mémoire auxquels il vient d'être fait référence, ne pourraient constituer un motif d'annulation en application de l'article 52 de la Convention (**excepté** dans la mesure où les arguments et affirmations factuelles reproduiraient simplement ce qui est *res iudicata* dans la Sentence initiale et, en

²⁹⁷ Pièce C8

conséquence, se trouveraient manifestement en dehors des pouvoirs du Tribunal de Resoumission s'agissant de les mettre en cause ou les contredire).

Mais le Tribunal n'a fourni **aucune** raison pour laquelle les arguments détaillés et les affirmations factuelles dans les §§201 à 342 des écritures des Demanderesses seraient déficients ou inadéquates aux fins d'établir « *la nature précise du préjudice, le lien de causalité et le dommage lui-même* ».

En conséquence, la conclusion de la 2^{ème} Sentence selon laquelle les Demanderesses non seulement n'auraient pas satisfait à la charge de la preuve sur ces questions mais n'auraient même pas vraiment cherché à le faire doit être annulée.

2. L'analyse détaillée du tour de passe-passe par lequel le Tribunal de Resoumission a cru qu'il parviendrait à faire admettre ce gauchissement frauduleux nécessite d'être étudiée en détail, un détour qui, toutefois, nous mènera à d'autres points sur lesquels le Tribunal a manifestement excédé ses pouvoirs.

Le Tribunal suggère (laisse entendre ou insinue sans développer le sujet plus avant) qu'au lieu de traiter la question du préjudice et du lien de causalité en relation avec le déni de justice et le manquement à l'obligation d'un traitement juste et équitable, les Demanderesses réintroduisaient simplement « *la demande initiale fondée sur la confiscation... de manière détournée* » (§244).

La demande *initiale* du 3 novembre 1997, relative à l'expropriation, était une réclamation pour une violation des stipulations de l'article 5 de l'API Espagne-Chili (expropriation); laquelle a été effectivement considérée par la Sentence arbitrale initiale comme en dehors *ratione temporis* de la compétence de la procédure CIRDI, dès lors qu'il a été déterminé, par le Tribunal initial, qu'il devait être considéré que le traité n'était pas en vigueur au moment où l'acte internationalement illicite allégué - que le Tribunal initial a estimé devoir être traité comme « un acte instantané »- avait eu lieu (entre le 11 septembre 1973 -la saisie des biens- et le 10 février 1975 -la publication du Décret n° 165 du Ministère de l'Intérieur, portant dissolution des entreprises propriété de M. Víctor Pey Casado et confiscation de leurs biens).²⁹⁸

3. La réclamation que les Demanderesses présentaient dans leurs plaidoiries devant le Tribunal de Resoumission était, toutefois, d'une nature fondamentalement différente au plan conceptuel. Comme il ressort clairement des paragraphes de leur Mémoire mentionnés au III.3.1 ci-dessus, les Demanderesses **ne tentaient nullement** de soulever à nouveau le préjudice découlant de l'**expropriation internationalement illicite** de leur bien. Au lieu de cela, leur théorie juridique en matière d'infraction, lien de causalité et préjudice se présentait selon les conclusions *res judicatae* de la Sentence initiale (§§668-674), comme suit :

²⁹⁸ Pièce C2, Sentence arbitrale initiale, §§608-612

- le gouvernement du Chili avait pris **l'engagement sans équivoque** envers les victimes des actes illicites de la dictature de Pinochet, ou qui étaient survenus durant le coup d'État ayant instauré la dictature, de réparer ces actes, la saisie initiale et la confiscation étant illégale en droit **interne** (§668),
- le fait que cet **engagement sans équivoque** n'avait pas été honoré dans le cas des Demanderesses (§669 : *“cette politique ne s'est pas traduite dans les faits, en ce qui concerne les demanderesses...”* ;
- néanmoins des agents de l'État du Chili, par **une conduite internationalement illicite, constituant un déni de justice et une violation de l'obligation de traitement juste et équitable** (il n'est pas fait référence ici à une expropriation de biens **internationalement** illicite),
- ont porté préjudice aux Demanderesses en « paralysant » de fait toutes et chacune des tentatives devant le système judiciaire chilien, soit visant à bénéficier au Chili de l'engagement légal de réparation des **actes illicites au plan interne** et inconstitutionnels de 1973 et 1975, soit visant à permettre aux Demanderesses de faire valoir, à cet égard, leurs rapports de droit vis-à-vis de la République du Chili découlant de la nullité de droit public du Décret n° 165, devant tout for international compatible avec l'API Espagne-Chili,
- en même temps que l'État accordait des compensations à des personnages qui, de l'avis du Tribunal arbitral initial, n'étaient pas propriétaires des biens confisqués (§674), les propriétaires étant exclusivement, selon la Sentence initiale, M. Victor Pey et la cessionnaire de celui-ci, la Fondation espagnole “Président Allende” (§§665, 666, 685).

Alors que les notions de retard ou de rejet peuvent être considérées comme désignant avec une moindre certitude la nature exacte du préjudice découlant des actes internationalement illicites de déni de justice et autres violations de l'obligation de traitement juste et équitable, l'expression « *paralysé* » dans le §674, tout particulièrement en l'absence de toute atténuation telle que « partiellement » ou « temporairement », ne laisse la place à aucune incertitude.

4. Mais il y a plus. En effet, chacune des étapes dans cette théorie de la causalité et des dommages est pleinement fondée sur ce qui était *res iudicata* et non annulé dans la Sentence initiale : les actes initiaux de saisie et de confiscation étaient illicites selon la législation interne pleinement en vigueur au moment où ces actes avaient eu lieu (§667 : *“Quant à l'invalidité des confiscations et au devoir d'indemnisation, il y a lieu de rappeler...des déclarations parfaitement claires de la défenderesse dans la présente procédure”* [nbp omise]).
5. Dans leur Mémoire dans la procédure de Resoumission, les Demanderesses ont proposé comme principe approprié pour traduire le préjudice consistant à mettre en œuvre la dite « paralysie » en termes de dédommagement pécuniaire, le « droit à

compensation » et le *quantum* de la correspondante « obligation d'indemniser », le fait que la mise en œuvre de cette paralysie était équivalente à l'élimination permanente de la valeur pécuniaire totale de leur investissement tenant compte en particulier des conclusions de la Sentence initiale, à savoir que la juridiction et la compétence temporelle *ex API* du Tribunal arbitral s'étend sur tous les faits portés à sa connaissance survenus ou survenus après que, le 29 mars 1994, l'API soit entré en vigueur et, également, à ceux postérieurs à la Requête initiale du 6 novembre 1997:

Sentence initiale :

« §444. En l'espèce, l'API est entré en vigueur le 29 mars 1994. Ce n'est que le 1er février 1995 que M. Pey Casado a saisi la Huitième Chambre du Tribunal correctionnel de Santiago d'une demande en restitution des 40.000 actions de la société Consortium Publicitaire et Périodique S.A.²⁹⁹ Les parties demanderesses situent ainsi la première controverse après le 29 mai 1995, date à laquelle le juge de la Huitième Chambre du Tribunal correctionnel de Santiago a ordonné la restitution des titres de propriété de CPP S.A., des contrats de cession de ces titres et des justificatifs de paiement du prix.³⁷⁷³⁰⁰ Le 6 septembre 1995, Victor Pey Casado a en effet adressé au Président du Chili une première demande de restitution des « biens confisqués, et actuellement aux mains du Fisc, appartenant à 'l'Entreprise Périodique Clarín Ltée' et au 'Consortium Publicitaire et Périodique S.A.' ».³⁷⁸³⁰¹

« §598. (...) Les demanderesses prétendent enfin être victimes d'un déni de justice pour la période 1995-2002, en violation de l'article 4 de l'API.⁵⁶² Lors des audiences de janvier 2007, les demanderesses ont élargi leur demande fondée sur le déni de justice en alléguant que 'c'est à l'ensemble du contentieux soumis au Tribunal arbitral que s'applique, de notre point de vue, le déni de justice subi par M. Pey' ».⁵⁶³

« Nbp 563 : Transcription de l'audience du 16 janvier 2007, p. 46 (Me Garcés). V. également la transcription de l'audience du 16 janvier 2007, p. 47 (Me Malinvaud) : 'le refus répété d'indemnisations à partir de 1995 est bien un déni de justice qui est un fait de l'État en réalité distinct de l'expropriation invoquée au titre de l'article 5 du Traité et qui est applicable à toutes les demandes qui sont présentées devant votre Tribunal' ».

« Nbp 599 : (...) En outre, selon les demanderesses, dans le cas où la Première Chambre civile de Santiago rendrait une décision au fond dans cette affaire, l'adoption de la Décision n°43 priverait d'effet le jugement de la juridiction chilienne dans la mesure où les bénéficiaires de la Décision n°43 ont déjà été indemnisés pour la rotative en question (demande complémentaire des demanderesses, du 4 novembre 2002, p. 6.) »

« Nbp 600 : (...) D'après les demanderesses, 'le point central qui nous intéresse ici, dans cette étude, c'est celui de savoir à quel point on peut considérer comme un « déni de justice » le fait qu'un État répudie les droits d'un étranger à accéder à un arbitrage qu'il a reconnu dans un Traité international.' (Transcription de l'audience du 15 janvier 2007, p. 92 (Me Garcés)). V. aussi la transcription du 15 janvier 2007, pp. 58-59 (Me Muñoz) : 'En réalité, (...) les mesures internes prises par le Chili (...) ont pour unique objectif de priver M. Pey de toute réparation et si le Chili parvenait à atteindre cet objectif, il commettrait, à l'égard de M. Pey, le délit de déni de justice.' »

« §645. En résumé, les allégations de « déni de justice » semblent bien revêtir des formes diverses et/ou être fondées sur des faits très différents, qu'il s'agisse de l'absence ou de la lenteur de décisions attendues d'autorités (judiciaires et exécutives) chiliennes (...). »

²⁹⁹ Pièce C44, « Annexe 21 à la requête d'arbitrage du 3 novembre 1997 »

³⁰⁰ Pièce C46, « Exposé complémentaire sur la compétence du Tribunal arbitral du 11 septembre 2002, p. 174 »

³⁰¹ Pièce C27, « Annexe 22 à la requête d'arbitrage du 3 novembre 1997 »

« §658. Dans le contexte spécifique du présent litige, tel qu'il a été résumé dans la présente sentence dans sa partie Faits et dans les considérations juridiques qui précèdent, l'application de la notion de « déni de justice » et celle de l'obligation de « traitement juste et équitable » n'appellent pas de longue analyse. Elles se laissent résumer à deux questions relativement simples :

- La première est celle de savoir si l'absence de toute décision par les juridictions chiliennes pendant une période de sept années (1995-2002), d'une part, et l'absence de réponse de la Présidence aux requêtes de M. Pey Casado, d'autre part, sont constitutives d'un déni de justice.

- La seconde est celle de savoir si les investissements reconnus par le Tribunal arbitral comme ayant été faits par M. Pey Casado ont bénéficiés du « traitement juste et équitable » prescrit par l'API. »

« §674. Dans le cas d'espèce, en résumé, en accordant des compensations – pour des raisons qui lui sont propres et sont restées inexpliquées – à des personnages qui, de l'avis du Tribunal arbitral, n'étaient pas propriétaires des biens confisqués, en même temps qu'elle paralysait ou rejetait les revendications de M. Pey Casado concernant les biens confisqués, la République du Chili a manifestement commis un déni de justice et refusé de traiter les demandereses de façon juste et équitable. » [Soulignements ajoutés]

« Les demandereses prétendent enfin être victimes d'un déni de justice pour la période 1995-2002, en violation de l'article 4 de l'API.⁵⁶² Lors des audiences de janvier 2007, les demandereses ont élargi leur demande fondée sur le déni de justice en alléguant que ' c'est à l'ensemble du contentieux soumis au Tribunal arbitral que s'applique, de notre point de vue, le déni de justice subi par M. Pey' ». ⁵⁶³ (Sentence initiale, §598)

« les dispositions de fond de l'API sont applicables *ratione temporis* à la violation résultant de la Décision n°43 [en 2000] et au déni de justice [en 2002] allégué par les demandereses, ces actes étant postérieurs à l'entrée en vigueur du traité » (Sentence initiale, §600 ; dans le même sens §465).

Ceci a été confirmé dans la Décision du Comité *ad hoc* dans les termes suivants :

« §168. **L'obligation d'accorder une réparation au titre de la violation de droits perdue même si les droits en tant que tels ont pris fin, dès lors que l'obligation au titre du traité en question était en vigueur à l'égard de l'État concerné au moment de la violation alléguée. Ces principes ont été respectés par le Tribunal dans la section de la Sentence consacrée à l'application de l'API *ratione temporis*** » [soulignement ajouté].

Contrairement aux insinuations du Tribunal de Resoumission, il n'était nullement interdit aux Demandereses de proposer cette approche à la traduction du préjudice en termes de dédommagement, **simplement parce que** cette approche sert fréquemment dans le cas où l'acte internationalement illicite est une dépossession (expropriation) alors qu'en l'occurrence les actes internationalement illicites étaient différents, à savoir de l'ordre du déni de justice et autres violations à l'obligation d'un traitement juste et équitable. Le simple fait que la plus célèbre articulation à l'origine de la *restitutio in integrum* a eu lieu

³⁰² Pièce C43, « 563 Transcription de l'audience du 16 janvier 2007, p. 46 (Me Garcés). V. également la transcription de l'audience du 16 janvier 2007, p. 47 (Me Malinvaud) : 'le refus répété d'indemnisations à partir de 1995 est bien un déni de justice qui est un fait de l'État en réalité distinct de l'expropriation invoquée au titre de l'article 5 du Traité et qui est applicable à toutes les demandes qui sont présentées devant votre Tribunal' ».

dans un cas, *Usine de Chorzów*, où l'acte **internationalement** illicite **se trouvait être** une dépossession ne signifie **pas** que ce principe ne serait pas applicable de manière générale pour comprendre comment traduire la mise au jour d'un préjudice sous forme de dédommagement réparatoire, lorsque le dommage est équivalent à une dépossession dans ses effets.

En l'espèce, la violation ex art. 4 de l'API à partir de 1995 a consisté à priver les Demanderessees de la composante résiduelle de leur investissement -consistant en la possibilité de faire valoir la preuve de leurs rapports de droit vis-à-vis de l'État du Chili devant un Tribunal arbitral – par l'effet de la discrimination et du déni de justice sanctionnés par le Tribunal initial.

Le fait que la compensation doive être, à l'évidence, sensiblement équivalente à ce qu'eût permis d'obtenir devant un Tribunal arbitral la présentation de cette preuve, ne modifie en rien qu'il s'agit de la compensation du préjudice dû à la violation de l'article 4 de l'API, et en aucune cas d'une Resoumission de la Demande initiale pour violation de l'article 5 de l'API.

L'État du Chili avait reconnu en 2001 devant le Tribunal arbitral initial que les confiscations édictées sous la dictature militaire n'étaient pas valides et qu'il avait l'obligation d'indemniser les dommages (voir le §667 de la Sentence initiale, cité *supra* §2, lettre c)), ainsi que:

« Quant à l'invalidité des confiscations et au devoir d'indemnisation, il y a lieu de rappeler aussi des déclarations parfaitement claires de la défenderesse dans la présente procédure (...) par exemple, la transcription de l'audience du 6 mai 2003, pp. 262-263 (Me Castillo).³⁰³ Malheureusement, cette politique ne s'est pas été [sic] traduite dans les faits, en ce qui concerne les demanderessees » (Sentence initiale, §669).

La Décision n° 43 de 2000 n'a pas lié le Tribunal arbitral initial ni limité les décisions postérieures adoptées par celui-ci :

« la Décision Ministérielle n° 43 (...) ne tranche pas (...) le même litige que celui que les Demanderessees ont voulu soumettre à la compétence du Tribunal Arbitral CIRDI, (...) [elle] n'a pas « tranché définitivement » et avec force de chose jugée, la question de la propriété des actions (...). En tout état de cause, compte tenu du « principe de la primauté des procédures internationales par rapport aux procédures internes » (...), cette décision ne saurait ni lier le Tribunal Arbitral, ni prévaloir sur la décision que ce dernier pourrait être amené à rendre, dans l'hypothèse où il se reconnaîtrait compétent pour ce faire »³⁰⁴ ;

« Comme d'autres démarches ou manipulations auxquelles des parties à l'arbitrage croient devoir ou pouvoir recourir pendente lite pour infléchir le cours de la procédure ou influencer le Tribunal arbitral (v., par exemple, la Décision n°43 du 28 avril 2000, ou les tentatives faites pour obtenir de Madrid une interprétation favorable et commune d'un traité bilatéral), pareils actes sont de nature à susciter inévitablement le scepticisme des arbitres »³⁰⁵.

³⁰³ Pièce C2, Sentence initiale, §667, Notes 617, 623

³⁰⁴ Pièce C30, Décision du Tribunal arbitral du 25-09-2001 sur la demande de mesures provisoires à l'égard de la Décision n° 43, du 28 avril 2000, pièce C180

³⁰⁵ Pièce C2, Sentence initiale, page 103, note 270

Les investisseurs espagnols ont été reconnus le 29 mai 1995 par les juridictions internes comme les propriétaires des actions de CPP S.A. :

« M. Pey Casado a bien démontré avoir procédé à des investissements et être propriétaire de biens meubles ou immeubles qui ont été confisqués par l'autorité militaire chilienne. On rappellera à ce propos l'existence d'un jugement chilien [en 1995]³⁰⁶ reconnaissant la propriété de M. Pey Casado sur les actions confisquées ainsi que le fait que les autorités chiliennes, exécutives³⁰⁷ et administratives³⁰⁸ (comme judiciaires)³⁰⁹ étaient informées [depuis 1995] des revendications et demandes³¹⁰ formulées par les demanderesse. (Sentence initiale, §§665,669) ;

« 685. Le Tribunal arbitral (...) rappellera cependant que des autorités chiliennes avaient reconnu que M. Pey Casado était propriétaire des titres confisqués⁶³² et que la défenderesse n'ignorait pas la revendication par M. Pey Casado d'une compensation, au moment où elle a décidé d'indemniser d'autres que lui - un acte constituant de l'avis du Tribunal une claire violation du droit à un « traitement juste et équitable » prévu par l'API.

L'absence de réponse de la Présidence de la République et des autorités administratives aux requêtes de M. Pey Casado à partir de 1995 est constitutive d'un déni de justice au regard des faits établis et retenus par le Tribunal arbitral initial :

« l'absence de réponse de la Présidence aux requêtes de M. Pey Casado, [est constitutive] d'un déni de justice » (Sentence initiale, §§ 658, 659, 674)

En résumé, en accordant des compensations – pour des raisons qui lui sont propres et sont restées inexpliquées – à des personnages qui, de l'avis du Tribunal arbitral, n'étaient pas propriétaires des biens confisqués, **en même temps qu'elle (...) rejetait les revendications de M. Pey Casado concernant les biens confisqués, la République du Chili a manifestement commis un déni de justice et refusé de traiter les demanderesse de façon juste et équitable.** » (Sentence initiale, §674, soulignement ajouté) ;

« Il est constant dans la jurisprudence internationale et dans la doctrine qu'un traitement discriminatoire de la part d'autorités étatiques envers ses investisseurs étrangers constitue une violation de la garantie de traitement « juste et équitable » inclus dans des traités bilatéraux d'investissement. » (Sentence initiale, §670).

6. De fait, le dédommagement pécuniaire ressort clairement du commentaire aux articles de la CDI sur la Responsabilité de l'État, qui explique que l'article 31 convertit la notion de réparation intégrale pour un dommage en un principe général de la responsabilité de l'État pour un dommage résultant d'un fait internationalement illicite :

« 1) L'obligation de réparer intégralement le préjudice est la seconde obligation générale qui découle pour l'État responsable de la commission d'un fait internationalement illicite. Le principe général des conséquences de la commission d'un fait internationalement illicite a été énoncé par la Cour permanente dans l'affaire de l'Usine de Chorzów:

³⁰⁶ Jugement du 4 mai 1995, §§77, 163, 210, 214, 215, 444, 719 de la Sentence initiale

³⁰⁷ Le Chef de l'État, §§78, 445, 478, 594, 630, de la Sentence initiale

³⁰⁸ Le Ministre des Biens Nationaux -§§51, 79, 80, 445, 448, 566, 594-597, 629-632, 678, 689, 694, 695-, le Contralto Général de la République -§§333, 357, 390, 455, 456, 462, 463, 596, 635- de la Sentence initiale

³⁰⁹ La 1ère Chambre civile de Santiago -§78-, la Cour d'Appel de Santiago -§§455, 457, 459, 463, 490-, la Cour Suprême, -§§455, 461, 463, 635- de la Sentence initiale

³¹⁰ §§666, 674 de la Sentence initiale

«C'est un principe de droit international que la violation d'un engagement entraîne l'.obligation de réparer dans une forme adéquate. La réparation est donc le complément indispensable d'un manquement à l'application d'une convention, sans qu'il soit nécessaire que cela soit inscrit dans la convention même. Des divergences relatives à des réparations, éventuellement dues pour manquement à l'application d'une convention, sont, partant, des divergences relatives à l'application⁴⁷⁷».³¹¹

Dans ce passage, cité est [sic] appliqué en maintes occasions⁴⁷⁸, la Cour a utilisé le mot «réparation» dans son sens le plus large. Elle a rejeté la thèse avancée par la Pologne selon laquelle la compétence pour interpréter et appliquer un traité ne donne pas compétence pour régler les différends concernant la forme et l'étendue de la réparation. À ce stade du différend, l'Allemagne ne cherchait plus à obtenir, pour le compte de son national, la restitution de l'usine en question ni des biens saisis avec cette dernière.

(2) Lors d'une phase ultérieure de la même affaire, la Cour a défini de manière plus détaillée le contenu de l'obligation de réparer:

«Le principe essentiel, qui découle de la notion même d'acte illicite et qui semble se dégager de la pratique internationale, notamment de la jurisprudence des tribunaux arbitraux, est que la réparation doit, autant que possible, effacer toutes les conséquences de l'acte illicite et rétablir l'état qui aurait vraisemblablement existé si ledit acte n'avait pas été commis. Restitution en nature, ou, si elle n'est pas possible, paiement d'une somme correspondant à la valeur qu'aurait la restitution en nature; allocation, s'il y a lieu, de dommages-intérêts pour les pertes subies et qui ne seraient pas couvertes par la restitution en nature ou le paiement qui en prend la place; tels sont les principes desquels doit s'inspirer la détermination du montant de l'indemnité due à cause d'un fait contraire au droit international⁴⁷⁹.»³¹²

Dans la première phrase, la Cour a donné une définition générale de la réparation, soulignant que sa fonction était de rétablir la situation affectée par le fait illicite⁴⁸⁰³¹³. Dans la deuxième phrase, elle envisage l'aspect de la réparation évoquée par le terme «indemnisation» pour un fait illicite - à savoir la restitution en nature ou le paiement d'une somme correspondant à la valeur qu'aurait la restitution en nature et, en outre, des dommages et intérêts pour les pertes subies à cause du fait illicite.

(3) L'obligation mise à la charge de l'État responsable par l'article 31 consiste à procéder à la «réparation intégrale» au sens de l'arrêt de l'Usine de Chorzów. En d'autres termes, l'État responsable doit s'efforcer d'**effacer toutes les conséquences de l'acte illicite et rétablir l'État qui aurait vraisemblablement existé si ledit acte n'avait pas été commis**⁴⁸¹³¹⁴ au moyen d'une ou plusieurs des formes de réparation définies dans le chapitre II de la présente partie » [Soulignement ajouté]

7. Étant donné l'utilisation par la Sentence initiale du terme catégorique « paralyser » pour décrire l'effet des actes internationalement illicites sur les efforts déployés par les Demanderesses en vue d'obtenir réparation, il était parfaitement raisonnable pour les Demanderesses de soutenir que la mise en œuvre de la « paralysie » devait se traduire par un dédommagement représentant la valeur totale de l'investissement telle que calculée en

³¹¹ [477 Usine de Chorzów, compétence, C.P.J.I., série A, n° 9 (1927), p. 2]

³¹² [479 Usine de Chorzów, fond, C.P.J.I., série A, n° 17 (1928), p. 47.]

³¹³ [480 Voir P.-M. Dupuy, «Le fait générateur de la responsabilité internationale des États», *Recueil des cours*, vol. 188 (1984-V), p. 94, qui utilise le terme «restauration».]

³¹⁴ [481 Usine de Chorzów, fond, C.P.J.I., série A, n°17 (1928), p. 47.]

appliquant la méthodologie financière propre à déterminer une valeur de cette nature conformément aux données factuelles de l'espèce.

Les Demanderesses faisaient ainsi suite à la détermination, par le Tribunal arbitral initial, que le préjudice qu'elles avaient éprouvé avait consisté à voir « *paralyser* » leurs efforts en vue d'accéder à un traitement conforme aux dispositions d'ordre réparatoire promises pour un acte illégal en *droit interne*.

Il était donc raisonnable de considérer que, selon toute vraisemblance, **n'eût été** la mise en œuvre de la « *paralyse* », la règle en matière de réparation qui eût été applicable par le système judiciaire chilien - ou par tout tribunal auquel l'exercice non « paralysé » de leurs fonctions par les juridictions chiliennes eussent donné accès- aurait donné lieu à la restitution du bien confisqué ou, à défaut, à sa pleine valeur monétaire. **Car, comme cela a été indiqué dans le *Lusitania*, le principe de réparation d'une atteinte à des droits privés proportionnelle au préjudice est un principe tant de la *common law* que du droit civil -c'est à dire qu'il ne s'agit pas simplement d'un principe de droit international qui ne serait applicable que lorsque l'atteinte sous-jacente à des droits privés pourrait être caractérisée au plan international comme une dépossession illicite.**

Quoi qu'il en soit, le Tribunal de Resoumission n'a en aucune façon entrepris un examen de l'argumentation des Demanderesses visant à démontrer que telle **aurait été** le critère en matière de réparation si leurs réclamations n'avaient pas été « paralysées » dans le système judiciaire chilien par des actes internationalement illicites ; tout au contraire, afin d'éviter un tel examen, le Tribunal suggère que les Demanderesses se seraient contentées de resoumettre de façon détournée une prétention à dédommagement *ex* article 5 de l'API, déjà rejetée, pour une expropriation **internationalement illicite**.

8. Finalement, divers Tribunaux internationaux ont établi que les effets d'un déni de justice ou autre violation de l'obligation d'un traitement juste et équitable ont consisté à détruire la valeur totale de l'investissement, donnant par-là l'indication d'un dédommagement équivalent à la valeur totale, telle que calculée en accord avec une méthode financière valable. Par exemple, *AWG v. Argentina* and *White Industries v. India*³¹⁵ et, comme les Demanderesses l'avaient indiqué dans leur Réplique :

« §347. *Il est généralement admis que, lorsque la violation d'un traité d'investissement résulte en la perte totale de l'investissement de la victime hors expropriation, il est tout à fait approprié d'évaluer ses dommages et intérêts en se fondant sur la valeur de marché de l'investissement :*

In a number of cases, a non-expropriatory violation has produced effects similar to those of an expropriation, ie the total loss of the investment, for example due to the destruction of property or termination of a concession. In these circumstances, arbitrators have logically chosen to measure the loss, and therefore compensation, by focusing on the market value of the investment lost³¹⁶.

§348. *En effet, comme le Professeur Lowenfeld l'a constaté dans International Economic Law :*

³¹⁵ Pièce C40, Réplique du 9 janvier 2015; pièce C47, *White Industries Australia Ltd v. India*, *ad hoc*—UNCITRAL Final Award, 30 November 2011

³¹⁶ *Ibid.*, §347; pièce C48, Ripinsky (R.), Williams (K.), *Damages in International Investment Law*, British Institute of International and Comparative Law, 2008, page 92

It is worth noting that the BITs set out the criteria for compensation only in respect to expropriation or measures tantamount to expropriation. No comparable criteria are set out in any of the treaties for breach of the obligation to accord national treatment, most-favoured-nation treatment, full protection and security, or fair and equitable treatment. Arbitral tribunals that have found a violation of one or more of these provisions have in effect borrowed from the provisions and precedents concerned with expropriations³¹⁷.

§349. Ainsi, le standard de ‘fair market value’ a été de nombreuses fois appliqué par les Tribunaux arbitraux pour la violation du traitement juste et équitable, entre autres dans les affaires, *MTD c. Chili*³¹⁸, *Azurix v. Argentina*³¹⁹, *CMS v. Argentina*³²⁰, *Enron v. Argentina*³²¹, *Vivendi v. Argentine*³²², *Técnicas Medioambientales v. le Mexique*³²³, *Asian Agricultural Products Ltd v Sri Lanka*³²⁴, *ADC v. Hungary*³²⁵, *Metalclad Corp v. le Mexique*³²⁶, *Sempra v.*

³¹⁷ Pièce C40, Réplique du 9 janvier 2015 : pièce C49, Lowenfeld (A. F.), *International Economic Law*, Oxford, Oxford Univ. Press, édition de 2008, page 567 et ss., citant l’affaire *Metalclad* en notant que : « *In Metalclad, where both denial of fair and equitable treatment and expropriation were found, the Tribunal held that compensation under both provisions would be the same, since both violations involved the complete frustration of the operation and loss of the investment.* »

³¹⁸ *Ibid.*, Réplique du 9 janvier 2015 : pièce C50, *MTD Equity et al v Chile*, Award of 25 May 2004, ¶ 238, le Tribunal a appliqué le standard de la CIPJ dans l’affaire Chorzów pour estimer les dommages pour infraction au traitement juste et équitable

³¹⁹ Pièce C40, Réplique du 9 janvier 2015 : pièce C51, *Azurix v. Argentina*, ICSID Case No. ARB/01/12, Sentence, 14 juillet 2006, ¶ 424, a calculé les dommages pour infraction du traitement juste et équitable appliquant le standard du *fair market value* que l’API prévoit pour l’expropriation

³²⁰ Pièce C40, Réplique du 9 janvier 2015 : pièce C52, *CMS Gas Transmission Company v. Argentina*, ICSID Case No. ARB/1/8, Sentence, 12 mai 2005, ¶ 410, où le Tribunal arbitral s’est dit « *persuaded that the cumulative nature of the breaches discussed here is best dealt with by resorting to the standard of fair market value. While this standard figures prominently in respect of expropriation, it is not excluded that it might also be appropriate for breaches different from expropriation if their effect results in important long-term losses.* »

³²¹ *Ibid.*, Réplique du 9 janvier 2015 : pièce C53, *Enron Corporation and Ponderosa Assets, LP v. Argentine Republic*, ICSID Case ARB/01/3, Sentence, 22 mai 2007, ¶¶ 361 et 363, où le Tribunal arbitral a opiné : « *The present Tribunal finds that the appropriate approach in the instant case is that of compensation for the difference in the ‘fair market value’ of the investment resulting from the Treaty breaches.[...] On occasions, the line separating indirect expropriation from the breach of fair and equitable treatment can be rather thin and in those circumstances the standard of compensation can also be similar on one or the other side of the line. Given the cumulative nature of the breaches that have resulted in a finding of liability, the Tribunal believes that in this case it is appropriate to apply the fair market value to the determination of compensation* »

³²² *Ibid.*, Réplique du 9 janvier 2015 : pièce CL364 (ci-jointe C54), *Vivendi v. Argentina*, ICSID Case No. ARB/97/3, Sentence, 20 août 2007, ¶¶ 8.2.9 et 8.2.10. Le Tribunal arbitral a commenté : « *Claimants’ principal claim for compensation is based on the “fair market value” of the concession established by a lost profit analysis. [...] ‘Fair market value’ can be considered the equivalent of ‘actual value’ as those words are used in Article 5. This standard has also generally been accepted as appropriate compensation for expropriation. However, as pointed out by the tribunal in CMS Gas Transmission Co. v. Argentine Republic a “fair market value” standard might also be appropriate for other breaches which result in long-term losses. The Azurix tribunal also concluded that it could properly resort to fair market value to compensate breaches other than expropriation – in particular the fair and equitable standard. In its award, it noted the particular relevance of the government having taken over the concession* »

³²³ *Ibid.*, Réplique du 9 janvier 2015 : pièce C55, *Técnicas Medioambientales v. Mexico*, Sentence, 29 mai 2003, (2004) 43 ILM 133, ¶ 187

³²⁴ *Ibid.*, Réplique du 9 janvier 2015 : pièce C56, *Asian Agricultural Products Ltd v Sri Lanka*, Award, 27 juin 1990, (1997) 4 ICSID Reports 246, ¶ 88

³²⁵ *Ibid.*, Réplique du 9 janvier 2015 : pièce CL70 (ci-jointe C57), *ADC v. Hungary*, Award, 2 février 2006, ¶ 445

³²⁶ *Ibid.*, Réplique du 9 janvier 2015 : pièce CL249 (ci-jointe C58), *Metalclad Corp v. Mexico*, Sentence, 30 août 2000, (2001) 40 ILM 36, ¶ 122

*Argentina*³²⁷, *Wena Hotels contre l’Egypte*³²⁸, *Occidental Exploration and Production Company v Ecuador*³²⁹, *Philips Petroleum v. Iran*³³⁰, *Marion Unglaube v. Republic of Costa Rica*³³¹, *Gemplus et al c. Mexique*³³², et tout récemment dans la sentence arbitrale *Gold Reserve Inc. v. Venezuela*³³³. »

Dans de tels cas les tribunaux n’ont pas tenté de spéculer quant à ce qu’il serait advenu si telle ou telle démarche entreprise par les Demandeurs était parvenue à faire droit à la réclamation de l’investisseur, de telles spéculations étant futiles compte tenu que l’effet du comportement illicite avait consisté précisément à stériliser, paralyser, effacer la possibilité d’accès à la justice. Comme indiqué dans la discussion sur le dédommagement dans *White Industries v. India*³³⁴ (§§ 14.3.3 et 14.3.6) il suffisait pour le Tribunal de déterminer, sur des bases objectives, qu’une juridiction interne raisonnable, appliquant les critères de droit pertinents, aurait statué en faveur des Demanderesses, en l’absence des actes internationalement illicites ayant fait échec aux procédures internes pertinentes entreprises, pour compenser l’investisseur pour la totalité de la valeur correspondant à ses prétentions évincées.

En définitive, la Sentence de Resoumission, par la façon dont elle a traité, ou plutôt refusé de traiter la théorie des Demanderesses concernant la nature de leur préjudice et l’évaluation de celui-ci, s’est donc rendue coupable tant d’un défaut de motifs que d’un excès de pouvoir manifeste.

³²⁷ *Ibid*, Réplique du 9 janvier 2015: pièce CL324 (ci-jointe C59), *Sempra Energy International v. Argentina*, Sentence, 28 septembre 2007, ¶¶ 403-4, où le Tribunal a commenté: « *It must be noted that this provision addresses specifically the case of expropriation which the Tribunal has concluded has not taken place in the present case. The Treaty does not specify the damages to which the investor is entitled in case of breach of the Treaty standards different from expropriation. Although there is some discussion about the appropriate standard applicable in such a situation, several awards of arbitral tribunals dealing with similar treaty clauses have considered that compensation is the appropriate standard of reparation in respect of breaches other than expropriation, particularly if such breaches cause significant disruption to the investment made.*¹⁵⁹ *In such cases it might be very difficult to distinguish the breach of fair and equitable treatment from indirect expropriation or other forms of taking and it is thus reasonable that the standard of reparation might be the same.* »

³²⁸ *Ibid*, Réplique du 9 janvier 2015: pièce C60, *Wena Hotels Limited v Egypt*, Award, 8 December 2000, (2002) 41 ILM 881, ¶ 118, soulignement ajouté

³²⁹ *Ibid*, Réplique du 9 janvier 2015: pièce C61, *Occidental Exploration and Production Company v Ecuador*, Award, 1 July 2004, (2006) 45 ILM 246, ¶ 187

³³⁰ *Ibid*, Réplique du 9 janvier 2015: pièce C62, *Philips Petroleum v. Iran*, Sentence, 29 juin 1989, ¶ 106

³³¹ *Ibid.*, Réplique du 9 janvier 2015: pièce C63, *Marion Unglaube v. Republic of Costa Rica*, Award 16 mai 2012, ¶¶ 307, 308

³³² *Ibid*, Réplique du 9 janvier 2015: pièce C64, *Gemplus S.A. et al v Mexico*, Award, 16 June 2010, ¶¶ 12-52, 12-53, 16-16

³³³ *Ibid*, Réplique du 9 janvier 2015: pièce C65, *Gold Reserve Inc v. Venezuela*, Sentence, 22 septembre 2014, ¶¶ 674 et 680-1, où le Tribunal arbitral a statué : « *both Parties contend that, even in the case of no expropriation, the appropriate measure of damages in the present circumstances is fair market value. [...] the serious nature of the breach in the present circumstances and the fact that the breach has resulted in the total deprivation of mining rights suggests that, under the principles of full reparation and wiping-out the consequences of the breach, a fair market value methodology is also appropriate in the present circumstances. [...] As the consequence of the serious breach in the present situation was to deprive the investor totally of its investment, the Tribunal considers it appropriate that the remedy that would wipe-out the consequences of the breach is to assess damages using a fair market value methodology* »

³³⁴ *Ibid*, Réplique du 9 janvier 2015: pièce C47, *White Industries Australia Ltd v. India*, ad hoc—UNCITRAL Final Award, 30 November 2011

3. Le §216 de la 2^{ème} Sentence nie de fait l'autorité de la chose jugée du Chapitre VII (responsabilité de l'État pour violation de l'API) de la Sentence initiale

232. Le §216 de la 2^{ème} Sentence de Resoumission nie ouvertement l'autorité de la chose jugée du Chapitre VII (« *La responsabilité de l'État pour violation de l'API* ») de la Sentence initiale en matière de compétence du Tribunal arbitral initial, en la réduisant indûment aux controverses antérieures à la date du 3 novembre 1997.

En effet, traitant des allégations des Demanderesses concernant les effets du déni de justice et du manquement au traitement juste et équitable sur la détermination du *quantum* de l'indemnisation -partie annulée de la Sentence initiale- il importe de rappeler que le Tribunal de Resoumission agissait en lieu et place du Tribunal initial, et avec toute la compétence qui eût été la sienne s'il avait lui-même rouvert le débat sur le sujet du Chapitre VIII (dommages) après une décision partielle (sur le Chapitre VII).

Le Tribunal de Resoumission réduit cette compétence, de façon à exclure abusivement toute l'argumentation des Demanderesses,

« au 'différend' qui avait été initialement soumis à l'arbitrage, différend pour lequel la date critique était la requête d'arbitrage initiale des Demanderesses [le 3 novembre 1997³³⁵]. **Les questions qui ont surgi entre les Parties après cette date (...) ne peuvent pas, même avec un gros effort d'imagination, entrer dans le champ de la procédure de nouvel examen en vertu des dispositions citées ci-dessus** » [§216, soulignement ajouté],

et encourt de la sorte dans les contradictions et les incohérences manifestes sur lesquelles se fondent les paras. 2 à 6 du Dispositif de la 2^{ème} Sentence.

En effet, comment la seconde Sentence peut-elle

- i. entreprendre d'examiner -pour le discréditer par des arguments qui ignorent systématiquement la loi chilienne applicable comme on le verra *infra* (§233) - le raisonnement des Demanderesses sur la prise en compte de l'obligation d'appliquer la Constitution du Chili -dont l'article 7, relatif à « la nullité de droit public » est contraignant?
- ii. puis s'arrêter brusquement, sans suivre le raisonnement légal présenté par les Demanderesses, en déclarant que la poursuite est inutile, car il ne saurait aboutir à démontrer le préjudice allégué ?

³³⁵ Pièce C2, Sentence initiale, §§6, 79, 111, 377, 572, 594, 630 (« En septembre 1995, M. Pey Casado a formulé sa première demande de restitution des biens confisqués. Le 20 novembre 1995, le ministère des biens nationaux informe M. Pey Casado que la loi d'indemnisation qui permettra de traiter les situations comparables à celle de M. Pey Casado n'a pas encore été promulguée. Le 10 janvier 1996, M. Pey Casado réitère sa demande de restitution auprès du Président de la République, sans obtenir de réponse. **Le 3 novembre 1997, les demanderesses déposent leur requête d'arbitrage auprès du CIRDI** » ; §639 (« Dans leur demande complémentaire du 4 novembre 2002, les demanderesses ont fourni une demande d'indemnisation tendant à voir réparer la perte de la rotative Goss en alléguant avoir été victimes d'un déni de justice au sens du droit international au motif que, de 1995 à 2002, 'aucune décision n'avait été adoptée au Chili par rapport à la valeur de restitution stricto sensu de la rotative ou sa valeur de remplacement' » [emphasis ajouté]

- iii. en substituant -pour démontrer ce qu'il a ainsi postulé à l'avance - un enchaînement sans rapport avec le raisonnement des Demanderesses, et de surcroît, vicieux car renvoyant à une procédure interne, par définition inaccessible, pour étayer qu'elles n'ont pas satisfait à la charge qui leur incombe ?
- iv. et en même temps exprimer son accord à ce sujet avec la Défenderesse... ?
- v. alors que le Tribunal arbitral initial a explicitement affirmé que les faits retenus pour condamner l'État du Chili à compenser les Demanderesses (§§622, 624-626, manquement au TJE, en ce compris le déni de justice, *res iudicata*) reposaient sur des données factuelles et juridiques en rapport avec les controverses survenues entre le 29 mai 1995 et 2002, totalement distinctes des données avec lesquelles il avait traitée la controverse soumise dans la Requête initiale du 3 novembre 1997 (§§600-603, 608, 612) ?
- vi. la Sentence initiale a déclaré, comme fondement des paras. 1, 2 et 3 de son Dispositif *res iudicata*, la compétence du Tribunal arbitral pour connaître des différends nés des infractions à l'article 4 de l'API postérieures à « la date critique » (que la 2^{ème} Sentence fixe arbitrairement, *ex novo*, au 3 novembre 1997, date de « la requête d'arbitrage initiale des Demanderesses »), notamment ceux nés l'année 2000 (la Décision 43, du 28 avril 2000) et l'année 2002 (le déni de justice commis dans la procédure suivie devant la 1^{ère} Chambre civile de Santiago, dont fait état la demande complémentaire du 4 novembre 2002)³³⁶ - dont une prémisses commune est « l'invalidité » et « l'illégalité » de la confiscation de CPP S.A. en droit chilien et « le devoir d'indemniser » que l'État Défendeur a reconnu en 2003 devant le Tribunal initial (voir le §667 de la Sentence initiale, cité *supra* §§2(c), 206) ?
- vii. l'affirmation de cette compétence *ratione temporis* du Tribunal arbitral initial sur des controverses postérieures à la prétendue « date critique » du 3 novembre 1997 à l'autorité de la chose jugée (paras. 1 à 3 du Dispositif de la Sentence initiale),
- viii. comment la Sentence de Resoumission peut fonder son Dispositif en déclarant (§216) que, pour déterminer les modalités de compensation, le Tribunal arbitral de

³³⁶ Ibid., §437 : « Les demanderesses invoquent trois différends qu'elles estiment tous trois postérieurs à la date d'entrée en vigueur de l'API : le premier serait survenu en 1995, le deuxième en 2000 et le troisième en 2002 » (citations omises) ; §447 : « Le premier différend allégué étant postérieur à l'entrée en vigueur de l'API Espagne-Chili, la condition de compétence se trouve satisfaite à son égard » ; §453 : « (...) le Tribunal estime sans hésitation que l'opposition qui s'est manifestée entre les parties lors des audiences de mai 2000, dès que les parties demanderesses ont pris connaissance de la Décision n°43, est constitutive d'un différend. Là encore, le différend étant survenu postérieurement à l'entrée en vigueur du traité, la condition de compétence *ratione temporis* est satisfaite » ; §464 : « Le Tribunal estime que le dernier différend entre les parties, s'est cristallisé au cours de la période 2002-2003. Avec l'introduction de leur demande complémentaire le 4 novembre 2002, les demanderesses ont, pour la première fois dans cette procédure, reproché à l'État chilien un déni de justice et ainsi formulé une réclamation. C'est en demandant au Tribunal arbitral dans son mémoire du 3 février 2003 de rejeter la demande complémentaire des demanderesses que la défenderesse a confirmé l'existence d'un différend sur la question du déni de justice » ; §465 : « Au vu de ce qui précède, le Tribunal conclut que les trois différends invoqués par les demanderesses sont bien survenus postérieurement à l'entrée en vigueur de l'API et qu'il est en conséquence compétent *ratione temporis* pour en connaître » (citations omises)

Resoumission n'est pas compétent pour examiner de telles controverses, que « *les questions qui ont surgi entre les Parties après le 3 novembre 1997* » *ne peuvent pas, même avec un gros effort d'imagination, entrer dans le champ de la procédure de nouvel examen* » ?

- ix. et mieux encore, comment la 2^{ème} Sentence peut-elle tout à la fois énoncer elle-même (§§209-210) « *que l'ensemble des atteintes identifiées par le Tribunal Initial* » sont **postérieures** au 3 novembre 1997 et, à six alinéas de distance, reprocher aux Demanderesses que leur raisonnement n'est pas fondé sur la controverse que la Sentence initiale a utilisées pour fonder son rejet de la Requête initiale mais sur des controverses postérieures à la prétendue « *date critique* » de celle-ci ?

Tout cela est patent.

233. Retraçons l'ensemble sous un autre angle. La Sentence de Resoumission dans le §216 circonscrit sa compétence au différend né avant ce qu'elle appelle « *la date critique* » -le 3 novembre 1997 - et ignore, au §189, que l'État du Chili a reconnu le 6 mai 2003 devant le Tribunal arbitral initial, qui en a pris acte comme élément déterminant ses positions, « *l'invalidité* » et « *l'illégalité* » de la confiscation de l'investissement dans CPP S.A. et le devoir d'indemniser financièrement les actionnaires.³³⁷

Dans son traitement de l'argumentation des Demanderesses de nature à appuyer leurs positions relatives aux effets de l'infraction à l'article 4 de l'API constitué par la rétention du Jugement interne, après en avoir amorcé l'examen au §197 le 2^{ème} Tribunal arbitral annonce soudain, au §198, que, de toute façon, selon lui ce statut serait sans importance :

« le Tribunal estime qu'il n'est pas nécessaire d'aller plus avant dans cette question puisqu'il a conclu que, même si les Demanderesses étaient en mesure de démontrer la proposition qu'elles ont soutenue, celle-ci n'aurait pas d'incidence importante sur la présente procédure de nouvel examen. »

Et le Tribunal poursuit en substituant ses propres affirmations qu'il attribue aux Demanderesses et qui sont totalement étrangères au raisonnement présenté par celles-ci. C'est ainsi que la 2^{ème} Sentence affirme au même §198, sans aucun fondement et enfreignant l'autorité de la chose jugée de la Sentence initiale,

1. Que les Demanderesses cherchent à tirer la conclusion « *que le Tribunal Initial a conclu à **tort** que la confiscation était exclue ratione temporis du champ d'application du TBI [et que] ce qui a constitué en fait (si non dans la forme) la confiscation est intervenue avec la Décision n° 43* » [soulignement ajouté],

alors même que nulle part les Demanderesses n'ont énoncé de telles affirmations ou tiré des conclusions semblables : elles n'ont conclu en aucune façon que le Tribunal arbitral initial se serait trompé³³⁸,

³³⁷ Voir le §2(c) *supra*

³³⁸ Notons à quel point la déformation par la 2^{ème} Sentence de la ligne d'argumentation des Demanderesses est totale : a) en effet, ces dernières soutenaient que le Tribunal arbitral initial n'ayant pas disposé de la preuve judiciairement établie de la nullité de droit public du Décret 165 –du fait du déni de justice constitué par la

2. Et que, selon la version première du §198 : « (...) si la prétendue nullité de la **Décision 43** [du 28 avril 2000] au regard du droit chilien avait effectivement une importance décisive, la conséquence en serait certainement que l'investissement est, en droit, resté la propriété de M. Pey Casado et/ou de la Fondation » [soulignement ajouté],

alors que le sujet d'une prétendue nullité de la *Décision n° 43 au regard du droit chilien*³³⁹ n'a jamais été soulevé devant le Tribunal Arbitral initial, et rien de semblable ne figure dans la *Sentence initiale* ni dans la *Décision* du 25 septembre 2001 relative aux mesures conservatoires à l'encontre de celle-ci³⁴⁰,

3. Tandis que, dans la version corrigée de ce même §198³⁴¹, le 2^{ème} Tribunal affirme désormais que :

« (...) si la prétendue nullité du **Décret n° 165** au regard du droit chilien avait effectivement une importance décisive, la conséquence en serait certainement que l'investissement est, en droit, resté la propriété de M. Pey Casado et/ou de la Fondation -et le recours à ce titre pourrait relever de la sphère domestique, mais clairement pas du présent Tribunal dans le cadre de la présente procédure de nouvel examen. » [soulignement ajouté],

- i. Ce faisant, la dernière phrase de ce §198 a situé explicitement en dehors de son domaine que l'investissement est, en droit, la propriété des investisseurs espagnols,
- ii. Et contredit ainsi directement le raisonnement de la première phrase du même §198 - laquelle affirme que la nullité de droit public du Décret n° 165 « n'aurait pas d'incidence importante sur la présente procédure de nouvel examen » - en énonçant, dans sa dernière phrase : « l'importance décisive » qu'aurait la nullité dudit décret, à savoir

« la conséquence en serait que l'investissement est, en droit, resté la propriété de M. Pey Casado et/ou la Fondation » depuis 1972 à ce jour,

rétenion du Jugement interne dans l'affaire GOSS- et ayant, de ce fait, été conduit à aligner son raisonnement à cet égard sur l'hypothèse indiquée au §603 (« à la connaissance du Tribunal arbitral (...) ce décret fait toujours partie de l'ordre juridique interne chilien »), a abouti très légitimement au rejet de la demande initiale –le 3 octobre 1997- d'indemnisation ex article 5 de l'API (*incompétence ratione temporis*) ;

b) alors que, lors de la réouverture des débats le 16 juin 2013 –après annulation le 18 décembre 2012 de ce qui traitait la détermination du *quantum* de la compensation dans le Chapitre VIII- le Tribunal de Resoumission avait pleine compétence –comme cela aurait été le cas du Tribunal initial s'il avait lui-même rouvert les débats sur ce sujet du Chapitre VIII après une sentence partielle), pour élucider les effets dommageables à compenser dus à la rétenion du Jugement interne ;

c) le Tribunal de Resoumission devait ainsi jauger la mesure de l'effet dommageable du déni de justice ex article 4, dont la réalité avec obligation de compensation était *res iudicata* d'après la *Sentence initiale*. Seule restait à définir les modalités de définition du *quantum*.

Telle était la ligne d'argumentation des Demanderesses.

Le Tribunal de Resoumission écarte tout le contenu pertinent de ladite argumentation, étayant la demande ex article 4, et substitue un enchaînement imaginaire –et pour tout dire absurde- qu'il attribue aux Demanderesses comme un retour à la demande ex article 5, qu'il s'occupe alors à rejeter et qui n'a jamais été formulée devant lui !

³³⁹ Contre cette *Décision 43*, ainsi qu'il a été souligné dans la *Sentence initiale* (§632), tous les recours internes ont été épuisés en vain, l'une des paralysies constitutives des infractions retenues par le Tribunal arbitral initial

³⁴⁰ *Pièce C30*

³⁴¹ *Pièce C201*, *Décision* du 6 octobre 2017 sur la rectification de la *Sentence* en Resoumission, §55

- iii. ce qui conforte l'argument soutenu et les preuves produites par les investisseurs dans le calcul du montant des dommages causés par les infractions commises en 2000 et 2002 à l'article 4 de l'API, c'est-à-dire que, compte tenu de l'absence de critères dans cet article pour déterminer le *quantum* des dommages causés par son infraction, les critères établis à l'article 5 s'appliquent en l'espèce !
- iv. d'autant plus que la Sentence initiale elle-même a constaté (§§667, 677) la reconnaissance en mai 2003 par l'État Défendeur devant le Tribunal arbitral de *l'invalidité de la confiscation et le devoir d'indemnisation* –une conclusion *res iudicata* que le raisonnement de la 2^{ème} Sentence ignore totalement,
- v. que la cause, l'objet, la finalité de la Décision n° 43 que la Sentence arbitrale initiale déclare avoir enfreint l'article 4 de l'API a été d'accorder « *des compensations [pécuniaires] – pour des raisons qui lui sont propres et sont restées inexplicées – à des personnages qui, de l'avis du Tribunal arbitral, n'étaient pas propriétaires des biens confisqués* » (§674)³⁴²,
- vi. et que la compensation à laquelle les Demanderesses ont droit selon la Sentence arbitrale initiale (paras. 1 à 3 de son Dispositif) est de nature financière, seule modalité envisagée dans les paragraphes ayant l'autorité de la chose jugée³⁴³, est précisément fondée sur la continuité de la propriété et possession par les investisseurs espagnols de la totalité des actions de CPP S.A. en 1972 (l'achat de 100% des actions de CPP S.A. par M. Pey), en 1990 (cession de 90% des actions de M. Pey à la Fondation espagnole), ou après l'entrée en vigueur de l'API -le 29 mai 1995 (décision de la justice chilienne restituant le 100% des titres de propriété de CPP S.A. à M. Pey), le 28 avril 2000 (Décision 43) et en 2002 (acceptation de la demande complémentaire pour déni de justice auprès du CIRDI le 4 novembre 2002)- une question tranchée par la Sentence arbitrale initiale avec l'autorité de la chose jugée (§§180, 215, 520, 525, entre autres).

Ce §198 condense ainsi dans sa formulation l'illustration du fait que la 2^{ème} Sentence non seulement se heurte de manière incompatible à des conclusions de la Sentence initiale qui sont *res iudicatae* et, également, à des contradictions internes de raisonnement dont les conséquences logiques sont les paras. 2 à 8 du Dispositif de cette 2^{ème} Sentence, au seul détriment des Demanderesses.

234. La négation, au §216, de la compétence du Tribunal de Resoumission est également une prémisse logique des parties de la 2^{ème} Sentence qui nient explicitement, ou tacitement, le droit des Demanderesses à une compensation pécuniaire pour les infractions à l'article 4 de l'API des années 2000 et 2002 -sur lesquelles la compétence du Tribunal arbitral est *res iudicata* (paras. 1 et 2 du Dispositif de la 1^{ère} Sentence arbitrale).

³⁴² Cfr. dans la page 103 de la *Sentence initiale* note de bas de page n° 270

³⁴³ Voir dans la *Sentence initiale* les §§14, 18, 21, 29, 77-79, 82-85, 93, 94, 153-157, 198, 220, 222-240, 448, 450, 454, 455, 462, 490, 496, 497, 508, 594-596-598, 613, 614, 616, 621, 629-632, 635, 639, 641, 647, 648, 661, 662, 667, 668, 674, 728, et aux notes de bas de page nos. 191, 589, 599, 617, tout *res iudicata*

235. Il est donc conforme à la logique de ladite prémisse du §216 de la 2^{ème} Sentence, manifestement contraire à la *res iudicata* de la première, que le 2^{ème} Tribunal

- a. après s'être déclaré dans le §216 sans compétence à l'égard des dommages survenus en 2000 et 2002 causés par les violations à l'article 4 de l'API (manquement au traitement juste et équitable, en ce compris le déni de justice),
- b. a ensuite déclaré inadmissibles toutes les preuves produites par les Demanderesses au soutien des dommages causés par les violations à l'article 4 à partir du 28 avril 2000, de même que tous les arguments relatifs aux dommages causés par les infractions à l'article 4 commises par la Décision 43, du 28 avril 2000, et le déni de justice entre le 29 mai 1995 et la date de la Sentence initiale,
- c. et ayant placé ensuite toutes les preuves sous le prisme de la controverse soumise le 3 novembre 1997 -fondé sur l'article 5 de l'API (confiscation)-
- d. il s'est fabriqué ainsi un alibi pour les rejeter toutes :

« Le Tribunal ajoute (...) que, si la question avait été soumise à sa décision, il aurait été disposé à faire droit à l'objection de la Défenderesse à la recevabilité de toutes les parties des arguments des Demanderesses relatifs aux dommages qui étaient fondées directement ou implicitement sur la valeur de confiscation de l'investissement initial » (§236),

- e. et conclure ensuite que les Demanderesses n'ont pas démontré de préjudice quantifiable qui leur aurait été causé par la violation de l'article 4 (Dispositif, para. 3).

236. La relecture de la 2^{ème} Sentence arbitrale après avoir pris connaissance de la Décision du 6 octobre 2017 a porté les Demanderesses à approfondir leur approche dans la demande en rectification d'erreurs du 27 octobre 2016 (section "erreur n° 1 »).

Dans le §198 de la 2^{ème} Sentence il ne s'agissait pas seulement d'une erreur matérielle mais de la conséquence logique de la décision du Tribunal de resoumission de reconsidérer les questions que la Sentence initiale a tranchées avec l'autorité de la chose jugée aux Chapitres IV (*compétence*) et VII (*responsabilité de l'État pour violation de l'API*). L'État du Chili semblerait l'avoir compris de cette manière lorsqu'il l'affirme, dans sa Réponse du 9 juin 2017 au Tribunal arbitral :

"Paragraph 198 is one of the core paragraphs in the 2016 Award. (...) to justify the rectification, the Tribunal need only state that the reference to Decision No. 43 in the above-quoted sentence was a "clerical . . . or similar" error, and that the Parties have agreed upon the relevant correction". [Soulignement ajouté]

237. En effet, en entérinant dans sa Décision du 6 octobre 2017 cette demande spécifique du Chili, la substitution sans explication pertinente, à la « *prétendue nullité de la Décision 43* », de 2000, de la « *prétendue nullité du Décret n° 165* », de 1975, le 2^{ème} Tribunal arbitral

1. dévoile une contradiction interne dans le raisonnement du §198 -qui est, de surcroît, axé sur l'attribution aux Demanderesses de conclusions que celles-ci n'ont formulées en aucune façon,
2. et, également, une contradiction entre l'ensemble de la 2^{ème} Sentence et la Sentence initiale ayant l'autorité de la chose jugée,
3. la conséquence de ces contradictions étant de submerger les Demanderesses dans le déni de justice le plus absolu consistant en ce que la 2^{ème} Sentence décline (§216) en faveur de « *la sphère domestique* » la compétence pour porter remède au déni par l'État Chilien, depuis le 24 mai 1995, des droits des Demanderesses sur leur investissement que la Sentence initiale a déclaré sous la protection de l'API,
4. alors qu'en vertu de l'article 10(3) de l'API, le choix des Demanderesses pour la juridiction internationale (*fork on the road*) est irréversible dès lors qu'elles ont porté le 4 novembre 2002 à la juridiction internationale la demande relative à la presse Goss formulée auprès de la 1^{ère} Chambre civile de Santiago le 4 octobre 1995, dont le fondement était, précisément, la nullité de droit public du Décret n° 165, à constater *ex officio*, imprescriptible, en application de l'article 7 de la Constitution,
5. et qu'en vertu de l'article 10(5) de l'API, il est *res iudicata* que l'État du Chili a reconnu devant le Tribunal arbitral initial l'invalidité de la confiscation et le devoir d'indemniser les investisseurs espagnols (*supra*, §2 (c)).
6. Quel que soit l'angle sous lequel on l'examine, on ne peut que constater que, dans la 2^{ème} Sentence, le poisson se mord donc la queue.

Mais la contradiction – et elle n'est pas petite- concerne plutôt l'ensemble du cheminement du 2^{ème} Tribunal dans le contexte précis de la signification même de la resoumission.

Ce contexte est le suivant, de façon incontestable :

- 1) Il est *res iudicata* (paras. 1 à 3 du Dispositif de la Sentence initiale) que l'ensemble déni de justice/manquement au traitement juste et équitable donne droit à compensation ; tel est donc, en particulier, le cas de sa composante notoire, caractérisée par le Tribunal arbitral initial : la rétention induite du jugement interne sur le fond dans l'affaire des presses GOSS (dont l'absence durant toute la procédure initiale a laissé dans l'indétermination, « à la connaissance du Tribunal », le statut du Décret confiscatoire relativement à la nullité de droit public du Décret).
- 2) Les modalités de définition du *quantum* de la compensation par le Tribunal arbitral initial (para. 4 de la Sentence initiale) ayant fait l'objet de l'annulation partielle, donc se trouvant de ce fait soumises au Tribunal de Resoumission, et ce dernier disposant - par définition- de la compétence qui serait celle du Tribunal initial s'il avait lui-même rouvert le débat sur ce sujet après une Sentence partielle (parties non annulées), le 2^{ème} Tribunal devait par la nature même de sa mission, être à même -ou prendre les

mesures pour être à même- de préciser la nature et l'étendue de l'effet dommageable de la dite rétention, afin de pouvoir définir la compensation pécuniaire pertinente. C'est là une condition opérationnelle inhérente à cette mission.

- 3) Le 2^{ème} Tribunal était donc –par définition et de façon structurellement incontournable – compétent (comme le Tribunal initial l'eut été lui-même, si c'est lui qui avait rouvert les débats sur le Chapitre VIII de la Sentence arbitrale) pour connaître et juger les actions et omissions survenues dans la procédure interne après la prétendue « *date critique* » du 3 novembre 1997.

Tout cela est de pure logique, et les demanderesses l'ont clairement articulé dans leur présentation.

- 4) Les demanderesses ont en outre proposé une approche permettant de déduire les modalités de définition du *quantum*.
- 5) Mais l'exactitude ou non de cette approche ne joue aucun rôle dans la mise en lumière des contradictions dans lesquelles s'est enlqué le 2^{ème} Tribunal sur cette question, déterminante de toute l'affaire et qui tient exclusivement aux défauts de motifs de son traitement et à l'excès de pouvoir à l'encontre de la *res iudicata*, non à la validité de la preuve fournie par les Demanderesses.
- 6) En effet, contre toute évidence *res iudicata* dans la Sentence initiale, le 2^{ème} Tribunal - dont, encore une fois, la compétence recouvre très exactement ce que serait celle du Tribunal initial si c'était lui qui, ayant rouvert les débats sur le Chapitre VIII et le para. n° 4 du Dispositif, devait élucider l'effet de ce qui était occulté par la paralysie du jugement interne qu'il avait déclarée constitutive d'un déni de justice et donnant droit à compensation- affirme qu'il n'entre pas dans sa compétence d'examiner quoi que ce fût qui n'aurait pas figuré dans la procédure initiale, voire même qui n'aurait pas fait l'objet de la demande initiale du **3 novembre 1997** ! (§216).
- 7) Ce que le deuxième Tribunal entreprend de la sorte -comme exposé ailleurs- consiste à s'abstenir totalement d'appliquer la loi interne applicable comme on le verra *infra* (Section III.5), ce qu'il fait, en outre, sans la moindre rigueur.
- 8) En effet, au lieu de mener à son terme l'application de la loi chilienne -entre autres l'article 7 de la Constitution du Chili- et sans examen réel, il interrompt soudain la démarche, comme on l'a vu, au §198 pour affirmer que cette démonstration, fût-elle convaincante- ne servirait pas ce que les Demanderesses entendent en déduire.
- 9) Or ce que **le §55 de la Décision du 6 octobre 2017 a fini par reconnaître** est que, si le Décret confiscatoire est affecté de nullité de droit public, la confiscation n'a jamais eu lieu et l'investissement actuellement sous le contrôle de l'État du Chili depuis 1973 n'a jamais quitté la propriété de Víctor Pey et de la Fondation Président Allende : telle

serait l'étendue de ce qui était occulté par le déni de justice -quant à lui *res iudicata*-, dont le Tribunal de Resoumission avait pour mission de préciser les modalités de définition du *quantum* de la compensation.

10) Comment compenser l'occultation, par l'État du Chili, du fait que l'investissement de Víctor Pey et la FPA est illégalement en la possession de l'État du Chili depuis 1975 ? La réponse à cette question est ce qui était soumis, par son rôle même, au Tribunal de Resoumission.

11) Mais, comme on vient de le rappeler, de l'avis du 2^{ème} Tribunal il était inutile de poursuivre cette élucidation. Car même si elle démontrait la nullité de droit public du Décret confiscatoire et, par conséquent, de son propre aveux, la persistance sans solution de continuité de la propriété en faveur de M. Pey- cela ne fournirait pas la réponse attendue.
Pourquoi cela ?

12) Au §198 le Tribunal de Resoumission expose pourquoi : et après une digression où il attribue aux demanderesses des considérations centrées sur la Décision 43 que ces dernières n'ont jamais formulées, il donne la raison, qui laisse sans voix :

« (...) si la prétendue nullité du Décret n° 165 au regard du droit chilien avait effectivement une importance décisive, la conséquence eu serait certainement que l'investissement est, en droit, resté la propriété de M. Pey et/ou de la FPA, et le recours à ce titre pourrait relever de la sphère domestique, mais clairement pas du présent Tribunal dans le cadre de la présente procédure de nouvel examen. »

Voilà une extraordinaire position de principe en contradiction directe à l'autorité de la chose jugée de la Sentence initiale.

13) En d'autres termes, la définition du *quantum* de la compensation de la rétention du Jugement interne – qui forme l'un des sujets de la procédure de nouvel examen- faisant apparaître qu'elle aboutissait à occulter que l'investissement, sous le contrôle de l'État du Chili depuis 1975, n'a jamais cessé d'être la propriété de M. Pey et de la Fondation Demanderesse, ne serait pas du ressort du Tribunal de Resoumission et, mieux que tout, pourrait faire l'objet d'un recours au Chili !³⁴⁴ C'est l'absence totale de motifs de justification et l'inobservance radicale de l'effet de la *res iudicata*.

14) En deux mots, même si tous les éléments de réponse à la question qui forme le cœur de sa mission étaient présents et allaient incontestablement dans un sens bien précis,

³⁴⁴ Cfr. dans la Pièce C2, les conclusions de la Sentence initiale sur l'effet en l'espèce de l'article 10(3) de l'API, « L'option irrévocable (fork-in-the-road) », §494 : « La demande complémentaire des demanderesses du 4 novembre 2002 (...) consiste à porter devant le Tribunal (...) une demande de réparation pour le préjudice découlant du déni de justice subi par M. Pey Casado dans cette procédure interne », 496 : « En l'espèce, (...) l'objet de la demande complémentaire, qui consiste à demander une indemnisation pour le préjudice subi du fait d'un déni de justice (...) relative au déni de justice est fondée sur l'API (...) », soulignement ajouté

la réponse ne serait pas de la compétence du Tribunal de Resoumission ! Mais peut être de la sphère interne.

Ce monument de confusions imbriquées laisse perplexe et entre directement dans le champ d'application de l'article 52(1) de la Convention, lettres b), d) -impartialité- et e).

En résumé, à la fois par son manquement à l'obligation d'exercer son pouvoir et d'appliquer le droit applicable, par l'exercice de pouvoirs dont il ne disposait pas, par l'absence de motifs aux §§197, 198 et 216 de la Sentence de Resoumission et par la reconsidération de ce qui était *res iudicata* dans la Sentence initiale, ces paragraphes doivent être annulés, de même que les paras. 2 à 6 du Dispositif de la Sentence dont les prémisses découlent directement ou indirectement de celles contenues dans ces trois paragraphes.

III.4 MOTIFS D'ANNULATION TIRÉS DU TRAITEMENT PAR LE 2^{ÈME} TRIBUNAL DE LA NON SATISFACTION PAR LES DEMANDERESSES DE LA CHARGE DE LA PREUVE. EXCÈS DE POUVOIR MANIFESTE ET INOBSERVATION GRAVE D'UNE RÈGLE FONDAMENTALE DE PROCÉDURE
--

1. Excès de pouvoir manifeste

238. Il a été exposé ci-dessus qu'au § 232, la Sentence de Resoumission fait droit à des arguments soulevés par le Chili qui se heurtent à la *res iudicata* de la Sentence initiale, en ce qu'ils tendent à remettre en cause l'existence du préjudice découlant des violations de l'API devant être indemnisé pécuniairement et établies par la Sentence initiale (Chapitre VII et para. n° 3 du Dispositif). Ceci constitue, ainsi qu'il a été démontré, un excès de pouvoir manifeste de la part du Tribunal.

Par ailleurs, la Sentence de Resoumission considère que « *Les Demanderesses n'ont pas satisfait la charge de la preuve* » sur l'existence même du préjudice résultant de la violation de l'article 4 de l'API allant jusqu'à affirmer « [qu']elles n'ont même pas cherché à le faire » (§232).

Les éléments de preuve que la Sentence initiale a considéré insuffisants portent seulement sur « l'évaluation » pécuniaire du dommage causé, non sur « l'existence d'un préjudice quantifiable » *res iudicata*.

239. Or les critiques pouvant être faites à l'endroit du §232 de la Sentence ne s'arrêtent pas là.

En effet, dans le §232 le Tribunal de Resoumission affirme que les Demanderesses n'avaient même pas cherché à démontrer le préjudice qu'elles avaient éprouvées (§232) :

231. La question qui demeure pour le Tribunal, et il s'agit de la question centrale dans la présente instance de nouvel examen, est celle de savoir si, et dans quelle mesure, les Demanderesses ont satisfait à la charge de prouver quel préjudice a été cause à l'une ou/et l'autre du fait de la violation par la Défenderesse de la norme de traitement juste et équitable du TBI, puis d'établir en termes financiers le dommage quantifiable correspondant.

Les Demanderesses ont-elles satisfait à la charge de prouver le préjudice?

232. Une fois la question posée dans les termes du paragraphe précédent, il devient clair que les Demanderesses n'ont pas satisfait à cette charge de la prouver ; en effet, on pourrait dire que dans un sens, elles n'ont même pas cherché à le faire, dans la mesure où elles ont centré leurs arguments sur l'évaluation du dommage, sans démontrer au préalable la nature précise du préjudice, le lien de causalité et le dommage lui-même » (soulignement ajouté).

Dans ce §232 la Sentence de Resoumission fait droit à des arguments soulevés par le Chili qui se heurtent à la *res judicata* de la Sentence initiale, en ce qu'ils tendent à remettre en cause l'existence du préjudice découlant des violations de l'API devant être indemnisé pécuniairement établi par la Sentence initiale (Chapitre VII et para. n° 3 du Dispositif de la Sentence initiale).

Et le deuxième Tribunal arbitral de poursuivre :

“244. Le Tribunal regrette que les Demanderesses ne se soient pas elles-mêmes fixées pour tâche spécifique de démontrer quel préjudice et dommage particulier pouvait leur avoir été causé par la violation de la garantie d'un traitement juste et équitable prévue par l'article 4 du TBI, constatée dans la Sentence Initiale, qui, le Tribunal Initial l'avait également établi, était distincte, sur le plan juridique et factuel, de la demande initiale fondée sur la confiscation, qui avait été rejetée ratione temporis » (soulignement ajouté).

Comme il sera démontré, une telle affirmation est pour le moins surprenante ; les Demanderesses ayant présenté un argumentaire fourni et détaillé quant au préjudice, à son lien de causalité avec la violation de l'article 4 de l'API (dénier de justice et traitement injuste et inéquitable infligé par le Chili aux Demanderesses) et le montant de l'indemnisation permettant de réparer le dommage subi³⁴⁵, étayée sur les faits de l'affaire, revêtus de l'autorité de la chose jugée, non annulés dans la Sentence initiale, aussi que des preuves par

³⁴⁵ Voir pièce C83, Nouvelle soumission du différend, 18 juin 2013, Section 5, « *Le différend porté devant le nouveau Tribunal arbitral* » ; pièce C8, Mémoire du 27 juin 2014, Sections 4, 5 et 6 ; pièce C40, Réplique du 9 janvier 2015, Sections 2 et 3 ; pièce C43, audiences des 13 à 16 avril 2015, pages 10-62, dont page 22 (Me. Malinvaud : « *Pour déterminer le préjudice qui résulte de ce déni de justice, qui est la question essentielle qui est posée aujourd'hui, il convient en réalité de se poser une série de questions sur le rapport de causalité entre d'une part, la violation, et l'indemnisation qui est aujourd'hui demandée par les Demanderesses, ou le lien de causalité entre la violation et le préjudice* ») ; ou page 39 (Me Muñoz : « *nous avons établi que la violation du déni de justice et l'absence de jugement de la première Chambre civile de Santiago a finalement détruit le droit à réparation des Demanderesses au titre de l'API en application de son article 5 devant le Tribunal arbitral* ») ; ou l'audition des experts financiers, pages 101-153 ; ou Me Muñoz, pages 180-183

expert³⁴⁶ et une lecture incontestable des principes généraux de la responsabilité de l'État en droit international.³⁴⁷

240. Ces attaques envers les Demanderesses qui n'auraient pas été désireuses, voire capables d'étayer leur position, sont même contredites par les propres affirmations du Tribunal de Resoumission, s'adressant à toutes les parties, et soulignant “ *la rigueur de leurs arguments*” (§172) :

The time has however now come for these arbitral proceedings to be brought to their final end; reipublicae interest ut finis sit litium. The Tribunal will now proceed to do so, with an expression of gratitude to all Parties and their counsel for the thoroughness of their arguments (...).

241. L'inexactitude des affirmations contenues dans les attaques précitées, apparaît également à l'évidence par le comportement du Tribunal de Resoumission dans le cours de l'audience.

À diverses reprises le Tribunal a montré qu'il était en mesure de suivre la théorie spécifique des Demanderesses en matière de cause, de préjudice et de dommage : par exemple en une occasion le Président du Tribunal a indiqué que la poursuite du contre-interrogatoire de l'expert témoignant pour les Demanderesses sur le rapport entre le déni de justice et le dommage pourrait être inutile parce que « *the basis* » (caractères italiques ajoutés) du calcul du dommage par les Demanderesses était déjà suffisamment « *well established* » aux yeux du Tribunal³⁴⁸.

Me Malinvaud. - Excusez-moi, Monsieur le Président, Messieurs les arbitres, je suis désolée d'intervenir. Juste une seconde. Nous avons eu un quart d'heure, vingt minutes de discussion sur la différence d'appréciation de l'étendue des conséquences du déni de justice tel qu'il est reconnu par le Tribunal arbitral.³⁴⁹

C'est clairement un débat qui fait partie du débat entre les conseils sur la portée de la décision. Là, l'expert a répondu de manière assez claire sur ce quelle a été sa mission. On continue de l'interroger sur la portée de la Sentence qui est elle-même débattue entre les Parties. Je vais laisser bien sûr continuer, mais je rappelle que ce n'est pas la mission qui a été faite par l'expert. Il l'a dit très clairement dès le début de son interrogatoire.

THE PRESIDENT: *Well, I think, counsel, that the purpose of the questioning is to devise the basis upon which the expert completed his calculation of damages. But having said that, I think the point has been well established, and I would recommend that we move on to the next item in the questioning.*³⁵⁰
(...)

³⁴⁶ Voir les pièces C41 et C42, Rapport financier et Rapport financier complémentaire d'Accuracy, respectivement, et la nbp du §237(6) *supra*

³⁴⁷ Voir la pièce C83, *Nouvelle soumission du différend* (2013-06-16), §§121-123 ; la pièce C8, *Mémoire*, §§141-152, 169-171, 181-184, 402, 406 ; la pièce C40 ; *Réplique*, §§344, 376, 382, 383, 408, 480-482, 495 ; la pièce C43, *Audiences* des 13 à 16 avril 2015, *Intervention intégrale des seules Demanderesses* (version corrigée soumise au Tribunal arbitral), pages 54 (32-39), 55 (38-40), 57 (47-51)

³⁴⁸ Pièce C6, *Audiences*, 3^{ème} jour, Transcription en anglais, heure 11 :12, lignes 10-15

³⁴⁹ Pièce C43, 2015-04-13 à 16 *Audiences- Intervention intégrale des seules Demanderesses* (fr), page 113:23-25

³⁵⁰ Pièce C44 audience du 15 avril 2015, transcription (an), page 48, 10-15, et 2015-04-13 à 16 *Audiences- Intervention intégrale des seules Demanderesses* (fr)

*Dr Juan Garcés. - C'est aujourd'hui la dernière opportunité que nous avons de nous trouver ensemble. Nous vous serions très reconnaissants si dans le courant de notre exposé il y avait quelques points, quelques références qui mériteraient de notre part un éclaircissement, de ne pas hésiter à nous interrompre et à la poser afin de tirer le maximum de profit de ces dernières réunions. (...) Les Demanderesses proposent de ne pas modifier un iota, pas un iota, la partie non annulée de la Sentence. C'est res judicata*³⁵¹

242. À cet égard, il est intéressant de noter que le jour précédent la clôture de l'audience, le Tribunal de Resoumission a présenté aux parties une série de questions et des points litigieux sur lesquels il sollicitait des réponses ou clarifications des parties. Dans une liste de questions que le Président du Tribunal lui-même a qualifié de « *long list* »³⁵², il n'apparaît aucune suggestion d'un besoin pour plus d'argumentation ou quelque clarification en matière de cause ou de préjudice :

M. le Président (Interprétation de l'anglais). - (...) Je crois que cela est largement suffisant pour vous occuper et je rappelle que je vise simplement à vous aider à cadrer vos arguments. Il y a des questions qui sont venues à l'esprit du Tribunal après avoir lu vos écrits et après avoir écouté les excellents arguments oraux pendant ces derniers jours.

Ce que cela implique clairement est qu'à cette étape le Tribunal en était à fournir aux parties une liste exhaustive de matières sur lesquelles des développements supplémentaires des argumentations pourraient être nécessaires pour informer la décision du Tribunal. C'eût été à ce stade, sinon plus tôt, qu'un Tribunal, qui pensait réellement que l'une des parties n'avait pas même étayé sa position concernant ce que le Tribunal considérait comme des sujets essentiels, eût sollicité l'argumentation ou l'élaboration supplémentaire requise.

En tout état de cause, les conclusions de la 2^{ème} Sentence quant à ce que les Demanderesses n'auraient pas réellement exposé leurs arguments concernant la relation de cause à effet ayant entraîné les dommages, et la nature du préjudice résultant, sont dénuées de fondement, et sont entachées par un manquement total à exposer les raisons sur lesquelles elles sont fondées, de même que par un excès de pouvoir, **comme il a été indiqué supra (§231).**

En définitive, la Sentence de Resoumission, par la façon dont elle a traité, ou plutôt refusé de traiter la théorie des Demanderesses concernant la nature de leur préjudice et l'évaluation de celui-ci, s'est donc rendue coupable tant d'un défaut de motifs que d'un excès de pouvoir manifeste.

2. Inobservation grave d'une règle fondamentale de procédure, partialité

243. En outre, la partialité du Tribunal de Resoumission est manifeste en ce qu'il laisse entendre que le Comité *ad hoc* chargé de l'annulation n'est pas allé assez loin dans son acceptation de la demande d'annulation formulée par le Chili à l'égard de la Sentence initiale. En attaquant des

³⁵¹ Pièce C43, 2015-04-13 à 16 Audiences- Intervention intégrale des seules Demanderesses (fr), page 17 :10-23

³⁵² Pièce C6, Transcription en anglais, 3^{ème} jour, 16 :57, lignes 3-4

aspects essentiels de la Sentence initiale où le Comité *ad hoc* n'a pas été d'accord avec le Chili sur ce qu'il y aurait eu une erreur susceptible d'entraîner l'annulation, mais a tranché en faveur des Demanderesses, le Tribunal de Resoumission s'est écarté d'une règle fondamentale de procédure, à savoir l'absence de biais.

C'est ainsi que, bien que le Comité *ad hoc* ait rejeté la prétention du Chili, selon laquelle les paragraphes 659³⁵³, 665³⁵⁴, and 674³⁵⁵, entre autres, devraient être annulés pour défaut de motifs, le Tribunal de Resoumission a attaqué ces positions comme manquant de clarté quant à leurs conséquences et a regretté de ne pouvoir « rouvrir le dossier » (§211) :

These paragraphs in the First Award were not annulled by the ad hoc Committee and constitute res judicata. What the Committee did annul was the defective method by which the First Tribunal arrived at the compensation due for the breach so found. For all that the present Tribunal finds difficulty in extracting precisely what consequences the First Tribunal regarded as flowing from the findings in paragraphs 659, 665, and 674 just cited, it is not empowered or permitted to reopen the matter or to substitute its own conclusions for those of the First Tribunal. [Soulignement ajouté]

244. Et ailleurs il a caractérisé la position adoptée par le Tribunal initial concernant une violation du traitement juste et équitable qui n'a pas été annulée comme « *quelque peu obscure* » (§230, en anglais « *Delphic* ») :

The consequence of this interpretation of the First Award is, in the opinion of the Tribunal, as follows: a) that, beyond its description, in somewhat Delphic terms, of what constituted the breach of the guarantee of fair and equitable treatment, the First Tribunal made no finding as to what injury was caused to the Claimants by that breach or its constitutive elements.

³⁵³ Pièce C2, Sentence arbitrale initiale §659 : « Sur la première question [savoir si l'absence de toute décision par les juridictions chiliennes pendant une période de sept années (1995-2002), d'une part, et l'absence de réponse de la Présidence aux requêtes de M. Pey Casado, d'autre part, sont constitutives d'un déni de justice], la réponse ne peut être que positive, au regard des faits établis et déjà retenus par le Tribunal arbitral, l'absence de toute décision par les tribunaux civils chiliens sur les prétentions de M. Pey Casado s'analysant en un déni de justice. En effet, l'absence de décision en première instance sur le fond des demandes des parties demanderesses pendant sept années, c'est-à-dire entre septembre 1995 et le 4 novembre 2002 (moment de l'introduction de la demande complémentaire dans la présente procédure) doit être qualifié comme un déni de justice de la part des tribunaux chiliens. En fait, des délais procéduraux importants constituent bien une des formes classiques de déni de justice. Ainsi l'a trouvé le tribunal arbitral dans l'affaire Robert Azinian et al. c. Mexique, en obiter dicta : « A denial of justice could be pleaded if the relevant courts refuse to entertain suit, if they subject it to undue delay, or if they administer justice in a seriously inadequate way. [...] There is a fourth type of denial of justice, namely the clear and malicious misapplication of the law ».612 Robert Azinian, Kenneth Daviatian & Ellen Baca c. The United Mexican States, affaire CIRDI n° ARB(AF)/97/2, sentence du 1er novembre 1999. »

³⁵⁴ Ibid., Sentence arbitrale initiale §665 : « Sur la seconde question, celle de savoir si les investissements des demanderesses ont bénéficié d'un traitement juste et équitable, une réponse négative s'impose de l'avis du Tribunal arbitral, compte tenu des conclusions auxquelles il est parvenu précédemment aux termes de son appréciation des preuves et de son analyse juridique. En bref, il s'agit de la conclusion selon laquelle M. Pey Casado a bien démontré avoir procédé à des investissements et être propriétaire de biens meubles ou immeubles qui ont été confisqués par l'autorité militaire chilienne. »

³⁵⁵ Ibid., Sentence arbitrale initiale §674 : « Dans le cas d'espèce, en résumé, en accordant des compensations – pour des raisons qui lui sont propres et sont restées inexplicées – à des personnages qui, de l'avis du Tribunal arbitral, n'étaient pas propriétaires des biens confisqués, en même temps qu'elle paralysait ou rejetait les revendications de M. Pey Casado concernant les biens confisqués, la République du Chili a manifestement commis un déni de justice et refusé de traiter les demanderesses de façon juste et équitable. »

245. Il affirme aux §§207-208 avoir rencontré des « *difficultés considérables* » à trouver « *le sens correct* » des paras. 2 et 3 du Dispositif de la Sentence initiale :

« §207. (...) le Tribunal recherchera quel est le sens correct devant être attribué aux paragraphes 2 et 3 du dispositif de la Sentence Initiale, notamment à la conclusion du Tribunal Initial au paragraphe 2, selon laquelle la Défenderesse « a violé son obligation de faire bénéficier les demanderessees d'un traitement juste et équitable, en ce compris celle de s'abstenir de tout déni de justice », violation au titre de laquelle « les demanderessees ont droit à compensation » selon le paragraphe 3. C'est la question qui figure au cœur de la présente procédure de nouvel examen.

« §208 Cette question ne va pas néanmoins sans soulever quelques difficultés considérables »,

et il a remplacé l'herméneutique du Dispositif de la Sentence initiale, confirmé par le Comité *ad hoc*, par « *les arguments des parties* », subordonnant et conditionnant de la sorte à ces derniers (en fait, à l'État Défendeur) l'autorité de la chose jugée de la Sentence initiale :

« §208. (...) le Tribunal est sensible aux problèmes que les Parties ont rencontrés quant à la façon dont il convient de comprendre exactement ce que le Tribunal Initial a voulu dire dans ses conclusions reproduites ci-dessus. Après avoir étudié avec le plus grand soin les arguments des Parties, le Tribunal est finalement arrivé à la conclusion (...) ».

246. De fait, le Tribunal de Resoumission a pris à son compte les affirmations de la seule partie qui a fait état de « problèmes » de cette sorte. En effet, après avoir caractérisé la décision du Tribunal initial sur la violation du traitement juste et équitable comme (entre autres) « *difficult to understand* »³⁵⁶, « *perplexing* »³⁵⁷, « *surprising* » et « *nothing short of perverse* »³⁵⁸, et posé une multitude de questions rhétoriques sur la portée de la Sentence initiale, l'État du Chili a suggéré qu'il n'aurait jamais dû être condamnée pour la violation de l'article 4 de l'API. Ces arguments ne sont rien d'autre qu'une répétition des points qu'il avait déjà soulevés devant le Comité *ad hoc* en soutenant que les investisseurs n'auraient pas satisfait à la charge de la preuve qui leur incombait, et/ou que le Tribunal initial aurait commis un excès de pouvoir manifeste en se reconnaissant compétent pour connaître une demande fondée sur la discrimination. Le Comité *ad hoc* avait cité la Défenderesse comme disant :

*Claimants never asserted, in particular, that Decision 43 constituted an act of discrimination against Mr. Pey in violation of Article 4 of the BIT. As explained above, at no point did Claimants define the legal standards of discrimination, apply those standards to the facts, substantiate those facts, or state a particularized claim for relief for discrimination*³⁵⁹.

Or, la Sentence de Resoumission du 13 septembre 2016 a fait siennes ces objections du Chili malgré le fait que, comme l'a indiqué le Comité *ad hoc*, le Tribunal initial a bien expliqué les bases de sa décision.

³⁵⁶ Pièce C44, Mémoire en Réponse du 27 Octobre 2014 de l'État du Chili, ¶ 283.

³⁵⁷ *Ibid.*, ¶ 284.

³⁵⁸ *Ibid.*, ¶ 279.

³⁵⁹ Pièce C20, Décision sur la Demande en Annulation du Chili du 18 décembre 2012, ¶ 225. Pour les arguments du Chili sur la charge de la preuve, voir aussi ¶¶220 - 221

247. En ce qui concerne la charge de la preuve, le Comité *ad hoc* avait rejeté ces arguments du Chili (repris dans la Sentence de Resoumission)

« *il se peut que la Défenderesse soit en désaccord avec la conclusion du Tribunal, mais [...] [i]l ressort clairement de la Sentence que le Tribunal a été convaincu par les éléments de preuve produits par les Demanderesses*³⁶⁰, »

Et le Comité *ad hoc* a confirmé expressément et entièrement l'argumentation des investisseurs, citée dans sa Décision comme suit :

« *L'un des éléments importants de cette conclusion [du Tribunal initial, selon lequel l'État du Chili a accordé « des compensations... à des personnages qui... n'étaient pas propriétaires des biens confisqués, en même temps qu'elle paralysait ou rejetait les revendications de M. Pey Casado »] et passé sous silence par la Défenderesse dans son Mémoire en annulation, est que le Tribunal a conclu à un traitement discriminatoire des Demanderesses sous la double condition d'une compensation à des tiers pour la confiscation des biens objet de la procédure d'arbitrage, et le refus de la République du Chili d'indemniser de quelque manière que ce soit Monsieur Pey et la Fondation espagnole, en s'opposant par tout moyen à leurs revendications et en paralysant, autant que faire se peut, la procédure arbitrale engagée*³⁶¹ » [Soulignement ajouté],

248. Le Comité *ad hoc* a également rejeté l'objection de la Défenderesse selon laquelle le Tribunal initial, dans sa Décision sur les mesures conservatoires³⁶², aurait établi que la Décision 43 ne pourrait pas porter préjudice aux Demanderesses :

« *il n'existe aucune contradiction entre la Décision du 25 septembre 2001 sur les mesures conservatoires et la Sentence. [...] Bien que le Tribunal ait rejeté la demande des Demanderesses, il n'a pas décidé que la Décision n°43 ne pourrait jamais causer de dommage aux Demanderesses [...] Il est clair que le Tribunal ne rendait pas de décision sur le fond de l'affaire*³⁶³ »,

une objection qu'a cependant acceptée le Tribunal de Resoumission en niant que la Sentence initiale ait établi que la violation de l'articles 4 de l'API –entre autres par la Décision 43- est attachée par lien de causalité au dommage infligé aux Demanderesses.

Comme le souligne le Comité *ad hoc*, la décision du Tribunal initial sur l'octroi de mesures conservatoires était par nature une décision provisoire, qui ne constituait nullement « *a green light* » pour le Chili, et n'avait pas vocation à trancher le fond du litige. Si la Décision n°43 ne justifiait pas l'octroi de mesures conservatoires du fait qu'elle n'empêchait pas le Tribunal arbitral initial de prendre toute disposition pour en corriger d'éventuels effets dommageables, elle a participé au traitement injuste et discriminatoire de l'État du Chili, qui, alors qu'elle indemnisait des tiers, rejetait systématiquement les revendications de M. Pey et de la Fondation espagnole sur des fondements indépendants et sans rapport avec la Loi édictée en 1998. Ce que, précisément, le Tribunal arbitral initial a pris des dispositions pour corriger :

³⁶⁰ *Ibid.*, ¶ 223

³⁶¹ *Ibid.*, §232, citant le Contre-Mémoire sur la Demande en Annulation, §569. Le Comité *ad hoc* a conclu, dans son §233, que les développements des Demanderesses étaient « *tout-à-fait convaincant[s] pour le Comité* ».

³⁶² Pièce C30, Décision du Tribunal arbitral du 25-09-2001 sur la demande de mesures provisoires à l'égard de la Décision n° 43, du 28 avril 2000, pièce C180

³⁶³ *Ibid.*, ¶¶ 240-243

« les Demanderesses ont droit à compensation » (para. 3 du Dispositif de la Sentence arbitrale initiale)

249. Il sera donc clair que les arguments par lesquels la Sentence de Resoumission a conclu que les investisseurs n'ont pas droit à une compensation sont non seulement contraires à la Sentence initiale, mais ils ont aussi déjà été pris en considération et écartés par le Comité *ad hoc*.

250. Le Tribunal arbitral de Resoumission, faisant fi de la *res iudicata*, a accepté l'allégation de la Défenderesse, et en séparant le préjudice primaire (la violation de l'article 4 de l'API) du dommage et le rapport de causalité entre les deux a conclu que les investisseurs n'avaient pas apporté la preuve de l'existence de quelque dommage que ce soit à compenser,

Par ce biais le Tribunal de Resoumission sous couvert d'attributions aux parties d'accords sur la portée de textes de la Sentence initiale, procède en réalité à des dissociations entre cause et effet, jamais avalisées par les Demanderesses, telle que celle figurant au §210 :

« Il n'est pas contesté entre les Parties que les deux passages dans lesquels le Tribunal Initial détermine que la conduite de la Défenderesse ne satisfait pas aux exigences de l'article 4 du TBI se trouvent aux paragraphes 653 – 674 de sa Sentence »

ce qui est ainsi converti en l'occurrence en prémisses des conclusions figurant au §228 de la 2^{ème} Sentence de 2016, sans prendre en considération les conclusions de la Sentence initiale qui affirment que ces faits constituent des infractions de la Défenderesse à l'article 4 de l'API –voir *supra* le §197(d).

Or des attributions semblables aux parties Demanderesses sont arbitraires, sans fondement et biaisées compte tenu des raisonnements soutenus par les Demanderesses et, surtout, biaisées à l'égard des considérations de la Sentence initiale qui, ayant l'autorité de la chose jugée, constituent un fondement incontournable de l'articulation desdits paras. 2 et 3 du Dispositif avec, par exemple, la Décision 43 :

[Sentence initiale :] « Cette reconnaissance formelle par un officier public du statut d'étranger (non-chilien) de M. Pey Casado (cf. le décret no. 597 du 14 juin 1984 – *°°règlement concernant les étrangers*) a paru gêner le Ministère chilien de l'intérieur qui, le 23 juin 1999 - soit pendant le cours de la présente procédure arbitrale - a entrepris des démarches tendant à faire annuler l'inscription, au motif que l'officier d'état civil n'aurait pas été compétent pour y procéder. Comme d'autres démarches ou manipulations auxquelles des parties à l'arbitrage croient devoir ou pouvoir recourir pendente lite pour infléchir le cours de la procédure ou influencer le Tribunal arbitral (v., par exemple, la Décision n°43 du 28 avril 2000, ou les tentatives faites pour obtenir de Madrid une interprétation favorable et commune d'un traité bilatéral), pareils actes sont de nature à susciter inévitablement le scepticisme des arbitres »³⁶⁴ (soulignement ajouté).

En effet, le raisonnement de la Sentence de 2016 est incompatible avec le fait, *res iudicata*, que dans la Sentence initiale la Décision 43 constitue une démarche ou manipulation

³⁶⁴ Pièce C2, Sentence initiale, note en bas de page n° 270 du paragraphe 317

commise par l'État du Chili « pendente lite *pour infléchir le cours de la procédure ou influencer le Tribunal arbitral* ».

251. De même, lors de la dernière journée des audiences le Tribunal de Resoumission a rouvert le débat sur des sujets soulevés par l'État du Chili et qui avaient été tranchés dans les Chapitres IV (l'investissement est conforme à la Convention et à l'API) et VII (responsabilité de l'État) de la Sentence initiale, et confirmés par le Comité *ad hoc*, tels que

a) Seul M. Pey a-t-il la qualité d'investisseur au sens de l'API ? :

*it would be useful to the Tribunal to have the parties indicate to it in what respect the award established the status of Mr Pey Casado and the foundation as investors under the bilateral treaty, and -- and this is an important point -- in respect of what as their investment under the bilateral investment treaty (...)*³⁶⁵,

et par ce biais la 2^{ème} Sentence laissera sans effet et sans conséquence pratique la propriété de l'investissement que les juridictions internes le 29 mai 1995 et la Sentence arbitrale initiale ont reconnu aux Demanderesses sous la protection de l'API, avec l'autorité de *res iudicata* :

“Le Tribunal arbitral constate d'une part que la décision de la Huitième Chambre [du 29 mai 1995] était publique et qu'elle n'a pas fait l'objet d'un quelconque recours par le service des impôts internes ou par des tiers susceptibles d'être intéressés par l'affaire. Le Tribunal correctionnel s'est par ailleurs prononcé sur le fondement des pièces demandées par le requérant et des arguments qui lui ont été présentées pour accueillir favorablement la demande de restitution de M. Pey Casado. La décision de la juridiction chilienne constitue ainsi un élément supplémentaire permettant de conclure que M. Pey Casado doit être considéré comme l'acquéreur et le propriétaire des titres de CPP S.A. » (§217),

« il est constant que, comme le montrent les analyses et conclusions qui précèdent, les demanderesses ont eu gain de cause (...) sur le fond, de leur qualité de propriétaire des investissements visés par les diverses mesures prises par les autorités chiliennes » (§728),

[soulignements ajoutés].

b) Y-a-t-il une articulation entre les paragraphes du Dispositif établissant le dommage (para. 2), le droit à une compensation (para. 3) et la nature pécuniaire de celle-ci (para. 4)³⁶⁶ ? :

³⁶⁵ Pièce C43, Audience du 15 avril 2015, 16:49, page 162 lignes 1-6, question du Président du Tribunal aux parties

³⁶⁶ Pièce C2, Sentence initiale, « §667. Quant à l'invalidité des confiscations et au devoir d'indemnisation, il y a lieu de rappeler aussi des déclarations parfaitement claires de la défenderesse dans la présente procédure.617. «**617.** V., par exemple, la transcription de l'audience du 6 mai 2003, pp. 262-263 (Me Castillo) : ‘ La République du Chili ne prétend pas justifier ce qui s'est produit pendant cette période turbulente de notre histoire, bien au contraire. Nous avons réparé sur le plan matériel, nous avons essayé aussi de réparer sur le plan moral, les préjugés soufferts par des personnes pendant cette période ‘ ainsi qu’à la page 264 : ‘ Il ne s'agit pas non plus de justifier la légitimité des actes qui ont découlé de la confiscation de bien de CPP S.A. et Clarin Ltée. Bien au contraire, la République du Chili est constante des dommages causés par ces confiscations et c'est pour cela qu'elle a indemnisé ces titulaires légitimes’ » [soulignement ajouté]. Voir également les références à la nature toujours matérielle de l'« indemnisation » dans les §§77, 79, 448, 454, 455, 462, 490, 496, 508, 594-596-598, 613, 614, 616, 621, 629-632, 635, 639, 641, 647, 667, 668, 728, nbp 191, 589, 599, 617, de même que dans les paragraphes annulés nos. 677, 678, 679, 681, 685, 692, 693, 694, 696-700, 703, 709. Il s'agit également de « compensation » matérielle dans tous les paragraphes *res iudicatae* 29, 78, 450, 648, 661, 662, 674, et dans les paras. annulés nos. 685, 715 et dans la nbp 647

“the Tribunal would be interested to know whether the parties consider that point 3 of that dispositif has an independent meaning, separate from point 4 which immediately follows it. As you remember, point 3 is one of those which was found to be *res judicata*; point 4 was the paragraph that was annulled. So the Tribunal would be interested to hear the views of the parties as to whether point 3 has some sort of independent meaning, separate from that of point 4. And in the light of the answer to that question, should the Tribunal understand the term “compensation”, as it exists in point 3, as referring only to monetary compensation, to financial compensation, or as referring more generally to the forms of reparation recognised in international law in the case of international wrongs? And if the answer is the latter rather than the former, then what other forms of compensation might potentially be appropriate as remedies for the breaches of the bilateral investment treaty which were found by the first tribunal and upheld in the annulment decision?”³⁶⁷,

et par ce biais la 2^{ème} **Sentence** a désarticulé l’enchaînement existant entre les paras. 1 à 4 du Dispositif établie dans la Sentence initiale dont fait état, entre autres, le §680 de cette dernière

Sentence initiale (2008) §680

Sentence de Resoumission (2016) §227

« 680. L'existence même de dommages résultant de la confiscation n'appelle aucune analyse particulière. Cette existence résulte à la fois, à l'évidence, de la nature des choses, d'une part, et de <u>sa reconnaissance par la défenderesse</u> d'autre part, et cela du seul fait des décisions prises en faveur de MM. Gonzalez, Venegas, Carrasco et Sainte-Marie [i.e, la Décision 43 du 28 avril 2000]. <u>On ne conçoit pas</u>, en effet, <u>l'octroi d'une quelconque indemnité</u> par l'autorité chilienne - fût-ce à d'autres que le véritable propriétaire des biens confisqués, par erreur ou intentionnellement - <u>sans l'admission de dommages</u> causés par la confiscation » (soulignement ajouté).	« 227. (...) Le Tribunal note également, bien que <u>sur un niveau (...) non factuel</u>, la déclaration du Tribunal Initial, au paragraphe 680, selon laquelle l'existence de dommages « résultant de la confiscation » [soulignement ajouté] découle automatiquement de la nature des choses, ainsi que de la décision (à savoir la Décision n° 43) d'octroyer une indemnisation à d'autres personnes.” [La 2^{ème} Sentence omet ici le lien de causalité établi dans la 1^{ère} Sentence entre le préjudice primaire -la violation de l'article 4 de l'API (dont la Décision 43, voir le §674³⁶⁸)- et le dommage causé aux Demanderesses par cette violation
--	---

la 2^{ème} Sentence parviendra à son but prédéterminé : 1) ni la Sentence initiale ni les Demanderesses n'auraient fourni la preuve d'aucun dommage (rappelons que c'est seulement l'estimation du montant du dommage qui est annoncé) découlant de l'infraction

³⁶⁷ Pièce C43, Audience du 15 avril 2015, 16:52, page 163, lignes 1-19

³⁶⁸ Pièce C2, Sentence initiale, §674: “Dans le cas d'espèce, en résumé, en accordant des compensations – pour des raisons qui lui sont propres et sont restées inexpliquées – à des personnages qui, de l'avis du Tribunal arbitral, n'étaient pas propriétaires des biens confisqués, en même temps qu'elle paralysait ou rejetait les revendications de M. Pey Casado concernant les biens confisqués, la République du Chili a manifestement commis un déni de justice et refusé de traiter les demanderesses de façon juste et équitable» [soulignement ajouté]

à l'article 4 de l'API, 2) la compensation établie au para. 3 du Dispositif de la Sentence initiale serait exclusivement la « satisfaction » (Dispositif, para n° 2) ;

- c) la Décision 43 a-t-elle enfreint l'API ? : la 2^{ème} Sentence rouvre le débat au fond -sur des questions *res judicatae* au Chapitre VII de la Sentence initiale- suggérant aux Demanderesses (identifiées en l'occurrence comme « *any other person* ») d'aller chercher un possible remède auprès des juridictions internes, faisant fi de la clause *fork on the road* des Demanderesses constatée dans la Sentence initiale³⁶⁹:

*« we have, for example, the question of Decision No. 43, and a number of open questions in the minds of the Tribunal: for example, whether it would have been open to some other claimant shareholder, some other person claiming to be a shareholder in the two companies, to have brought a similar claim under the compensation law of Chile. And assuming there was no problem about their locus standi, or no problem about prescription, about the power of time, would any other person have been in a position to bring an application -- and to potentially obtain a decision -- under the compensation law, which would have been inconsistent with the terms of Decision No. 43? »*³⁷⁰

L'infraction à l'article 4 n'a évidemment rien à voir avec de telles considérations : c'est clairement le fait d'avoir tranché en faveur de tiers, alors qu'une procédure arbitrale était en cours avec M. Victor Pey sur le sujet.

Et par ce biais le 2^{ème} Tribunal parviendra à la conclusion prédéterminée de ne pas reconnaître la propriété actuelle des Demanderesses sur l'investissement à moins que la Décision 43 soit affectée de nullité (§198 *in fine* de la Sentence de 2016³⁷¹), contrairement à la reconnaissance aux investisseurs espagnols de cette propriété dans la Sentence de 2008 et

³⁶⁹ *Ibid.*, « §631. Le 25 juin 1998 est promulguée la loi n°19.568 relative à la restitution ou indemnisation pour biens confisqués et acquis par l'État à travers les décrets-lois n°12, 77 et 133 de 1973, n°1697 de 1977 et n°2436 de 1978. Les demanderesses vont cependant informer le Ministre des biens nationaux par lettre du 24 juin 1999 de leur décision de ne pas recourir à la loi n°19.568, du fait de la requête d'arbitrage introduite en 1997 et de la clause d'option irrévocable (*fork-in-the-road*) contenue dans l'API Espagne-Chili. §632. Le 28 avril 2000, le Ministre des biens nationaux adopte la Décision n°43 selon laquelle les dispositions de la loi n°19.568 sont applicables aux biens confisqués aux sociétés CPP S.A. et EPC Ltda. Cependant, comme le Tribunal l'a expliqué ci-dessus, la Décision n°43 indemnise des requérants autres que les demanderesses pour la confiscation des biens en question et le Ministre des biens nationaux maintiendra cette décision que les demanderesses contesteront en vain. (...) §574. Dans le cas d'espèce, en résumé, en accordant des compensations (...) à des personnages qui, de l'avis du Tribunal arbitral, n'étaient pas propriétaires des biens confisqués (...) la République du Chili a manifestement commis un déni de justice et refusé de traiter les demanderesses de façon juste et équitable » (soulignement ajouté). La Décision du 25 septembre 2001 relative à des mesures provisoires et la Décision 43 avait affirmé « le principe de la primauté des procédures internationales par rapport aux procédures internes » (§§53-60) et conclut : « Même à la supposer définitive sur le plan du droit interne chilien, la Décision n° 43 n'a pas 'tranché définitivement' et avec force de chose jugée, la question de la propriété des actions, mais elle a prononcé ou proposé un certain nombre d'indemnisations sur la base de motifs impliquant en effet ou présupposant une prise de position quant à cette propriété. Il n'apparaît donc pas que cette décision, à en juger par son texte, puisse être opposable aux Demanderesses comme une décision judiciaire ayant force de chose jugée (...) En tout état de cause, compte tenu du 'principe de la primauté des procédures internationales par rapport aux procédures internes' rappelé par les précédents cités plus haut, cette décision ne saurait ni lier le Tribunal Arbitral, ni prévaloir sur la décision que ce dernier pourrait être amené à rendre, dans l'hypothèse où il se reconnaîtrait compétent pour ce faire » (§§59-60)

³⁷⁰ Pièce C43, audience du 15 avril 2015, 16:55, page 164, lignes 14-25, et page 165, lignes 1-2

³⁷¹ Pièce C9f, §198: « si la prétendue nullité de la Décision n° 43 au regard du droit chilien avait effectivement une importance décisive, la conséquence en serait certainement que l'investissement est, en droit, resté la propriété de M. Pey Casado et/ou de la Fondation - et le recours à ce titre pourrait relever de la sphère domestique, mais clairement pas du présent Tribunal dans le cadre de la présente procédure de nouvel examen »

la conséquence qui en découle, à savoir le droit à indemnisation du dommage découlant du fait que la Décision 43 a attribué la propriété et des dédommagements à des tiers qui, de l'avis du Tribunal initial, n'étaient pas les propriétaires -§693 : « *les demanderesses dans la présente instance (...) étant, le Tribunal arbitral l'a constaté, les véritables propriétaires des actions des sociétés CPP S.A. et EPC Ltda.* »-, des conclusions ayant toutes l'autorité de la chose jugée (voir dans la Sentence initiale les paras. 2 à 4 du Dispositif et leurs fondements dans §§ 180, 215, 455, 456, 520, 525, 665, 667, 669, 674, 728, entre autres).

252. Cela nous amène, finalement, au traitement du droit interne chilien dans la Sentence du Tribunal de Resoumission, s'abstenant manifestement d'exercer ses pouvoirs **d'interpréter et d'appliquer** la législation chilienne (d'inspiration **romaniste**), en tant que législation applicable selon l'API Espagne-Chili (article 10.4)

III.5 MOTIFS D'ANNULATION TIRÉS DU REFUS PAR LE 2^{ÈME} TRIBUNAL D'APPLIQUER LA LOI APPLICABLE. EXCÈS DE POUVOIR

Mr. BROCHE S(Chairman) said that failure to apply the right law would constitute an excess of power if the parties had instructed the Tribunal to apply a particular law. With respect to the meaning of the word "reasons", he ascertained that no delegate objected to the understanding recorded earlier, that both fact and law were implied.³⁷²

253. Le Tribunal de Resoumission a manifestement commis un excès de pouvoir dans son absence d'application de la loi du Chili ainsi que des considérations de la Sentence initiale - en particulier aux §§197, 198 et 216 de la 2^{ème} Sentence- soit en exerçant des pouvoirs dont il ne disposait pas, soit en s'abstenant d'exercer les pouvoirs dont il disposait, soit les deux

1. Inapplication de la Constitution du Chili dans l'exécution des paras. 2 et 3 du Dispositif de la Sentence initiale

254. Il est désormais bien établi dans les pratiques du CIRDI qu'un excès manifeste de pouvoir, comme motif d'annulation, inclut tant la situation dans laquelle un tribunal prétend exercer des pouvoirs dont il ne dispose pas que celles dans lesquelles il s'abstient d'exercer les pouvoirs dont il dispose.³⁷³

³⁷² Pièce C183, *History of the ICSID Convention*, Vol. II, page 851

³⁷³ Pièce C128, *Empresas Lucchetti, S.A. y Lucchetti Perú, S.A. c. República del Perú* (Caso CIADI No. ARB/03/4), Decisión sobre Anulación, 5 de septiembre 2007, §99 ; pièce C7, *Klockner v. Cameroon*, Decision on Annulment, 2 ICSID Rep. 95, 3 mai, 1985, §59; pièce C196, *Amco Asia Corporation y otros c. República de*

255. Au §197 de sa Sentence le Tribunal de Resoumission s'est manifestement intégralement abstenu d'exercer ses pouvoirs **d'appliquer** la législation chilienne (**d'inspiration romaniste**), en tant que législation applicable adoptée par les parties dans l'API Espagne-Chili (article 10.4), et, également, conformément à la Convention du CIRDI (art. 42(1))³⁷⁴ et à la sollicitation explicite et réitérée des Demanderesses.

256. Au lieu de cela, s'abstenant complètement de prendre en considération la loi selon le principe *iura novit curiae* et/ou comme un fait étayé conformément aux normes constitutionnelles et légales³⁷⁵, à la jurisprudence³⁷⁶ et au matériel documentaire des experts³⁷⁷ **abondamment** disponible (*da mihi factum dabo tibi ius*), il s'en est remis -et ce, de surcroît, **sans exercer la moindre rigueur**³⁷⁸- à la sélection arbitraire d'un aspect du témoignage d'un expert en matière de législation chilienne, en se fondant sur une opinion selon laquelle ledit expert exprimait un point de vue dont le Tribunal reconnaissait « *le bon sens* » et qu'il ne voyait pas de raison de mettre en doute son indépendance et son objectivité (§197).

Il est d'une évidence criante que s'en remettre de cette façon à un expert, parce qu'il lui semble de bon sens et impartial, a peu à voir avec le fait, pour le Tribunal de Resoumission, d'appliquer effectivement la législation chilienne.

257. Que le Tribunal a manqué à l'obligation d'exercer ses pouvoirs en vue d'appliquer la législation applicable à ce dont il était question est également évident par le fait qu'il suggère d'une certaine façon qu'il aurait incombé aux Demanderesses de démontrer au Tribunal de

Indonesie (Caso CIADI No. ARB/81/1), Decisión sobre Anulación, 16 de mayo, 1986, Reportes del CIADI 1 509 (*Amco I*), §§23, 95; pièce C129, *Maritime International Nominees Establishment v Guinea (MINE)*, ICSID Case ARB/84/4, Decision on annulment, 25 septembre 2007, §6.40, accessible dans <http://bit.ly/2w2o6lm>; pièce C130, *CMS Gas Transmission Company c. República Argentina* (Cas CIRDI No. ARB/01/8), Decision on Annulment, 25 septembre 2005, §49, accessible dans <http://bit.ly/2wFJACu>; pièce C131, *Hussein Nuaman Soufraki v. United Arab Emirates* (Case ICSID No. ARB/02/7), Decision on Annulment, 5 juin 2007, §§37 et 85, accessible dans <http://bit.ly/2w28Oxb>

³⁷⁴ Article 42(1) de la Convention : « *Le Tribunal statue sur le différend conformément aux Règles de droit adoptées par les parties. Faute d'accord entre les parties, le Tribunal applique le droit de l'État contractant partie au différend -y compris les règles relatives aux conflits de lois- ainsi que les principes de droit international en la matière* »

³⁷⁵ Voir les normes de droit chiliens invoquées par les Demanderesses, Mémoire du 27-06-2014, pages 25-26, 32-36, 55-63, 72-75, 90, pièce C8 ; Réplique du 9 janvier 2015, pages 17-67, 82-83, 119-120, pièce C40

³⁷⁶ Voir la jurisprudence des Cours de Justice chiliennes produites par les Demanderesses, entre autres les arrêts qui se réfèrent à des affaires de saisies de biens par la Junte Militaire, pris TOUS en application des Décrets n° 77 et n° 1726 de 1973 : les arrêts des 13 janvier 1997 (CRM42), 20 novembre 1997 (CRM46), 24 novembre 1997 (CRM47), 12 mars 1998 (CRM48), 27 avril 1998 (CRM49, ci-joint C108), 21 juillet 1998 (CRM50), 11 juin 1999 (CRM52), 30 décembre 1999 (CRM57), 21 janvier 2000 (CRM87bis), 24 janvier 2000 (CRM58), 17 mai 2000 (CRM59, ci-joint C186), 1er juin 2000 (CRM61), 21 juin 2000 (CRM62; CRM63 ; CRM64), 10 juillet 2000 (CRM65), 18 juillet 2000 (CRM66 ; CRM67 ; CRM68 ; CRM69), 13 décembre 2000 (CRM70), 14 mai 2002 (CRM76), 23 janvier 2003 (CRM82), 21 janvier 2004 (CRM78bis)

³⁷⁷ Voir les commentaires des experts en droit chilien produits par les Demanderesses, pièces CL43, NDJ4, NDJ5 ; CRL39, CRL63 à CRL66, CRL68, CRL83, CRL128, CRL134, CRL142, CRL148, CRL209, CRL230, CRL232, CRL253, CRL285, CRL286, CRL292, CRL293

³⁷⁸ Voir *infra* §259

Resoumission leur propre approche de la législation chilienne par la voie d'un expert présent aux audiences, et qu'elles auraient manqué à cette obligation.

Tout au contraire, s'agissant de la législation applicable au litige le principe qui s'impose est *iura novit curiae*.³⁷⁹ Ce qui ne signifie **nullement** qu'il serait inapproprié qu'un tribunal **tienne compte, voire même sollicite**, des avis d'experts, dans l'exercice de ses pouvoirs d'application de la législation applicable. Mais le contenu du §197 exprime clairement que le Tribunal **a manqué catégoriquement à sa propre obligation d'appliquer la législation chilienne**, se bornant à substituer purement et simplement ce qu'il a considéré comme étant le point de vue de l'expert à retenir, et qui lui a paru crédible, en relation à cet aspect du litige entre les parties.

258. Bref, il ne s'agit pas d'avoir interprété ou appliqué la loi applicable d'une manière ou d'une autre, ou de manière erronée ou incorrecte, mais du fait que **le 2^{ème} Tribunal ne l'a absolument pas appliquée**, à commencer par la Constitution du Chili dont les articles d'application obligatoire et directe³⁸⁰ ont été abondamment invoqués par les Demanderesses dans le litige et absolument inappliqués par le 2^{ème} Tribunal, comme le montre le tableau suivant

Non application de la Constitution du Chili par le 2^{ème} Tribunal

Il s'agit ici du fondement essentiel de toute l'affaire : l'invalidité des confiscations qui sous-tend toute logique compensatoire, étant directement articulée sur la Constitution du Chili

Date **Nombre de citations**

2008-05-08	<u>SENTENCE INITIALE</u> (2008)	<u>Sentence initiale</u>	<u>Demandeurs</u>	<u>Sentence de resoumission</u>
	Total de mentions à la Constitution dans la Sentence initiale	55		
	II. <u>PROCÉDURE DE RESOUMISSION</u> <u>Mémoires/Audiences des Demanderesses</u>			
2013-06-16	Demande de Resoumission afin de déterminer le <i>quantum</i> de la compensation ordonnée par la Sentence initiale du 8 mai 2008		24	
2014-06-27	Mémoire des Demanderesses		76	

³⁷⁹ Pièce C4, Waincymer (J.) *International Arbitration and the Duty to Know the Law*, Journal of International Arbitration, 28(3) (2011), 201, accessible dans <http://bit.ly/2r018Wk>

³⁸⁰ L'article 4 de la Constitution de 1925 et l'article 7 de celle de 1980

2015-01-09	Réplique des Demanderesses		80	
2015 avril	Audiences des Demanderesses		50	
	Total de mentions à la Constitution par les Demanderesses		230	
2016-09-13	<u>SENTENCE DE RESOUMISSION</u> (2016) II. Exposé de la position des Demanderesses, pages 13-43 Exposé de la position de la Défenderesse, pages 43-63 III. Analyse du Tribunal, pages 56-93 Total de mentions à la Constitution dans la Sentence de Resoumission	0 0	3	3 (aux pages 13-43)

259. En outre, le Tribunal s’est borné à retenir, sans aucune analyse de sa part -hormis la constatation que cette position paraissait raisonnable, vu l’importance de la notion de nullité *ab initio* d’un acte législatif- l’une des positions exprimées par l’expert en question, selon laquelle l’invalidité de la confiscation de biens -qui constituait le fondement sous-jacent de la prétention à réparation des Demanderesses en droit interne- ne pouvait être établie que par une certaine forme de jugement **spécifiquement formatée et préexistant** à toute possibilité de réclamation (ce qui, comme on le verra *infra* au §262 *in fine*, est directement contraire aux positions explicites de la Cour Suprême chilienne).

Cela, de surcroît, alors même que l’expert a clairement reconnu également d’autres modalités comme envisageables dans la pratique judiciaire interne selon laquelle le simple constat (implicite) par le Juge de la nullité de droit public ne différerait pas dans ses effets d’une « déclaration », par exemple dans sa réponse à la question de l’arbitre M. Mourre concernant la reconnaissance « implicite » de la nullité de droit public

« **M. Mourre** (interprétation de l’espagnol) .- *Autre question. La déclaration de nullité doit être explicite, ou peut être implicite de la part du tribunal ?*

M. Libedinsky (interprétation de l’espagnol).- **Il peut y avoir deux positions là-dessus.** *J’ai donné mon opinion que je continue à avoir, à savoir que la déclaration de nullité doit être explicite »*³⁸¹ [soulignement ajouté],

³⁸¹ Pièce C66, déclaration de cet expert du Chili le 14 avril 2015, page 461, lignes 14-20 de l’original en espagnol, et pièce C43, page 88 (lignes 21-25) traduction approuvée par le Tribunal arbitral de l’original en espagnol : “COÁRBITRO MOURRE: Otra pregunta. ¿La declaración de nulidad tiene que ser expresa o puede ser implícita por parte del Tribunal? SEÑOR LIBEDINSKY TSCHORNE: Digamos, **dentro de esas dos posiciones que pueden distinguirse** yo opiné, y sigo opinándolo, que la declaración de nulidad tiene que ser expresa.” [Soulignement ajouté]

ou dans sa déclaration sur la position prise par le 1^{er} Tribunal civil de Santiago qui a prononcé le jugement du 24 juillet 2008 constatant *ex officio* la nullité de droit public, *ab initio*, imprescriptible, du Décret confiscatoire n° 165

M. Libedinsky (interprétation de l'espagnol).- “Le juge à cet endroit en est venu (...) à sanctionner ou à estimer qu’il incombait de sanctionner par **la nullité de droit public** ladite situation [du Décret n° 165] qui **serait contraire à la Constitution** et à des lois de la République »³⁸² (soulignement ajouté).

Cette prise en compte de la nullité de droit public du Décret 165 dans le Considérant n° 9 du Jugement du 24 juillet 2008 est *res iudicata* entre les parties, car nécessairement inséparable du Dispositif, comme c’est généralement le cas dans les systèmes « de droit civil »³⁸³ (*civil law*) dont le système légal du Chili fait partie : l’autorité de la chose jugée comprend ce qui est implicitement affirmé dans la sentence, car conditionnant le raisonnement qui sous-tend le Dispositif.

Cependant cela n’a pas été appliqué par le Tribunal arbitral de Resoumission, enfreignant de la sorte l’article 42(1) de la Convention et l’article 10(4) de l’API, relatifs au droit applicable dans la solution du différend.

Ainsi, il ressort des positions énoncées par le 2^{ème} Tribunal qu’à moins de la préexistence d’un certain jugement formaté « déclaration » le Tribunal de Resoumission ne disposait pas de la latitude de déterminer, dans son traitement des dommages (Chapitre VIII de la Sentence initiale), qu’un tribunal chilien raisonnable aurait donné accès aux moyens d’obtenir de tels remèdes auprès des juridictions internationales, soit procuré lui-même, un ou des remèdes reflétant l’absence de validité du décret confiscatoire initial selon la législation interne (après

³⁸² Pièce C43, page 84, lignes 4-16, heure 04 :43 :40; original en espagnol (pièce C66, page 443, lignes 1-22, et page 444, lignes 1-3) dans la correction proposée par les Demandresses le 20 mai 2015 (pièce C67) et approuvée par le Tribunal arbitral le 9 juin suivant (pièce C68), en espagnol: “Sí, porque pasó el juez ahí a referirse a la excepción de prescripción que había sido opuesta por el Demandado, y a sancionar o a estimar que correspondía sancionar con **nulidad de derecho público** esa situación que **sería contraria a la Constitución** y a leyes de la República”, et en anglais (interprétation visée par le Tribunal arbitral): Yes, because the judge then went on to refer to the statute of limitations objection which had been submitted by the Respondent, and to sanction or to consider that it was appropriate to sanction by way of **nullity under public law** that situation, which would be contrary to the Constitution and to the laws of the Republic”, pièce C68), soulignement ajouté

³⁸³ Cf par exemple, Cour de Cassation belge, arrêt, 4 Dec. 2008, C.07.0412.F. III: “*De ce qu’il n’y a pas identité entre l’objet et la cause d’une action définitivement jugée et ceux d’une autre action ultérieurement exercée entre les mêmes parties, il ne se déduit pas nécessairement que pareille identité n’existe à l’égard d’aucune prétention ou contestation élevée par une partie dans l’une ou dans l’autre instance ni, partant, que le juge puisse accueillir une prétention dont le fondement est inconciliable avec la chose antérieurement jugée. L’autorité de la chose jugée s’attache à ce que le juge a décidé sur un point litigieux et à ce qui, en raison de la contestation portée devant lui et soumise à la contradiction des parties, constitue, fût-ce implicitement, le fondement nécessaire de sa décision* », accessible dans <http://bit.ly/2y1A7oO> ; Corte di Cassazione Italiana, sezioni unite, Sentenza, 12 Dec. 2014, 26242, para. 7.3(B), 1 (effet *res iudicata* d’un constat implicite relative à la validité d’un contrat): “*Il giudice ACCOGLIE LA DOMANDA (di adempimento, risoluzione, rescissione, annullamento): la pronuncia è idonea alla formazione del giudicato implicito sulla validità del negozio, (salva rilevazione officiosa del giudice di appello)*”, accessible dans <http://bit.ly/2x3kspR> ; pièce C192, Hanotiau (B.), *The res iudicata effect of Arbitral Awards*, cité, §24: “*Is it possible for the effect of res iudicata to extend to issues that have been implicitly settled as part of the decision? Both French and Belgian courts have answered yes to this question. In other words, not only the formal pronouncements are res iudicata, but also the secondary issues that have necessarily been resolved by the court in the process of reaching its decision and which would deprive the decision of its logical basis if they were to be denied*”

qu'ait été dûment reconnue la nullité de droit public du décret confiscatoire, ce qui recouvre la situation où se fussent trouvées les Demanderesses si la « paralysie » n'était intervenue).

Or la raison même pour laquelle le Tribunal de Resoumission ne disposait pas d'un tel jugement -préalable ou non- était précisément l'effet du déni de justice que le Tribunal arbitral initial avait identifié. Caractérisation qui est *res iudicata*, et dont il incombait au Tribunal de Resoumission de définir les modalités de compensation rétablissant les Demanderesses dans la situation où elles se trouveraient si le déni de justice n'était pas intervenu.

260. De fait, en acceptant sans examen critique et par sélection arbitraire l'une des possibilités évoquées comme représentant à ses yeux non seulement la position de l'expert mais, de surcroît, la seule option viable en droit chilien, position, selon laquelle, pour que la nullité de droit public pût produire des effets devant une juridiction interne il eût fallu qu'elle fût au préalable établie -sous une forme autre que sa prise en compte *ex officio*- dans le cadre d'un jugement d'un tribunal chilien, le 2^{ème} Tribunal arbitral a piégé les Demanderesses dans un cercle vicieux interdisant tout remède.

En effet, victimes d'un déni de justice, les Demanderesses avaient été, de ce fait, privées de toute possibilité d'obtenir quelque décision que ce fût sur cette question. Alors même que, selon ladite position du 2^{ème} Tribunal arbitral, ç'eût été précisément une telle décision préalable dont elles auraient dû disposer pour être en mesure -une fois ainsi établie la nullité du décret par un tribunal interne- de faire valoir une prétention valable à réparation des préjudices découlant dudit déni de justice...consistant justement en l'impossibilité d'obtenir une telle décision !

Difficile d'imaginer une violation plus criante et plus extrême du principe selon lequel une partie ne saurait tirer avantage de ses propres actes illicites. Car, du fait de la position extravagante adoptée par le 2^{ème} Tribunal, ce seraient précisément les actes illicites commis par la Défenderesse qui, ayant privé les Demanderesses des preuves requises pour démontrer l'étendue de l'effet dommageable, justifieraient aussi qu'elles soient privées de l'accès aux réparations corrélatives. Un chef d'œuvre en la matière.

261. Mais il n'est nul besoin pour les Demanderesses de tomber dans pareil piège, car, en réalité, la prémisse fondamentale du piège ainsi tendu par le Tribunal est ostensiblement inexistante ; à savoir, que l'invalidité selon la législation chilienne de la confiscation initiale resterait à déterminer.

Laissant même de côté le Jugement interne du 24 juillet 2008 (qui eût été à la disposition des Demanderesses durant la procédure initiale si le déni de justice n'avait eu lieu, et dont, à ce titre, le contenu ne saurait être écarté de la recherche de l'effet dommageable dudit déni de justice), l'absence de validité du Décret n° 165 aux effets de l'article 4 de l'API a été établie par le Tribunal arbitral initial au §667³⁸⁴, *res iudicata*, où il constate que la République du Chili avait reconnu devant lui « l'invalidité des confiscations » selon la législation chilienne,

³⁸⁴ Pièce C2, Sentence initiale, « 667. Quant à l'invalidité des confiscations et au devoir d'indemnisation, il y a lieu de rappeler aussi des déclarations parfaitement claires de la défenderesse dans la présente procédure. ⁶¹⁷

ainsi que **le devoir de compensation** découlant de cette absence de validité (§667 de la Sentence initiale, voir *supra* les §§2 c), 206 et 231(4)).

De la sorte, en se fondant sur la prémisse selon laquelle l'absence de validité resterait à déterminer, le Tribunal de Resoumission, au §97 de sa Sentence, **a créé un motif d'annulation en rouvrant le Chapitre VII** et en prétendant déterminer un sujet qui était non seulement *res iudicata* mais constituait une position centrale de la partie non annulée de la Sentence initiale gouvernant le devoir de compensation.

2. L'inapplication de la loi chilienne à la question du statut du Décret n° 165

262. Le biais du Tribunal de Resoumission contre les Demanderesses et leur réclamation, et en faveur du Chili, est évident non seulement dans sa mise en œuvre de “*reipublicae interest ut finis sit litium*” mais également dans ses affirmations hostiles et même méprisantes concernant la manière selon laquelle les Demanderesses ont fait valoir leur position. Comme il est montré ci-dessous, ces affirmations, en plus d'être entachées d'une fausseté criante, trahissent dans certains cas une incompréhension totale, voire une ignorance flagrante de la nature des pouvoirs qu'il appartient au Tribunal de Resoumission d'exercer, tout comme des points que les Demanderesses ont exposés de façon lucide et appuyée devant le Tribunal, tant dans son argumentation écrite et orale, que par témoignage d'experts.

En une occasion, par exemple, le Tribunal de Resoumission reproche aux Demanderesses de ne pas présenter d'expert en matière de droit chilien et affirme que le Demandeur était ignorant du système légal de ce pays ; toutefois le Demandeur n'avait pas à prouver en quoi consiste le droit chilien, dès lors que ledit droit faisait partie du droit applicable qu'il appartenait au Tribunal de mettre en œuvre, en vertu de l'Article 10(4) du Traité Bilatéral Espagne-Chili : *Iura novit curiae* :

4. L'organe arbitral statuera sur la base des dispositions du présent Traité, du droit de la Partie contractante qui serait partie à la controverse -y compris les règles relatives aux conflits de lois- et des termes d'éventuels accords particuliers conclus en rapport avec l'investissement, de même que des principes du droit international en la matière.

Les Demanderesses ont toutefois abondamment produit le droit de l'État chilien et sollicité son application de la même manière qu'elles l'avaient fait auprès du Tribunal arbitral initial et que celui-ci avait accepté (normes, jurisprudence, doctrine), sans que le Tribunal initial leur ait reproché de n'avoir pas produit la présence physique d'un expert pour contredire lors de l'audience du 5 janvier 2007 les allégations, devant le Tribunal arbitral initial, du Président alors en exercice du Tribunal Constitutionnel du Chili, M. Cea. Qui plus est, le Tribunal arbitral initial a jugé que les pièces justificatives du droit chilien produites par les Demanderesses démentaient l'interprétation de la Constitution du Chili que M. Cea avait soutenue en sa présence.³⁸⁵

En une autre occasion le Tribunal de Resoumission

³⁸⁵ Pièce C2, Sentence arbitrale initiale, §§303-323, nbp 215

« prend note de la formule complexe avec laquelle les Demanderesses ont habillé leur proposition, à savoir qu'un tribunal chilien « aurait l'obligation de prendre en compte la réalité de la nullité du Décret n° 165 ex tunc », et il estime que la nature très tortueuse de cette proposition laisse largement entendre qu'elle est plus spéculative qu'opérationnelle (§197, soulignement ajouté)

alors qu'il est abondamment documenté dans le dossier arbitral que cette «*formule complexe*» est très précisément celle de la Cour Suprême du Chili, comme l'attestent, entre autres, l'arrêt du 27 mai 1998, affaire *Balta Moreno c. le Fisc*, cassant un arrêt au motif suivant :

*SIXIEMEMENT. Que l'arrêt [qui fait l'objet du recours] a appliqué purement et simplement les normes de droit commun, sans prendre garde que la nature des vices qui affectent les décrets attaqués rendent inadmissible l'estimation qu'ils pourraient être assainis par le passage du temps, particulièrement si l'on prend en considération que la disposition constitutionnelle en vertu de laquelle la nullité [de droit public] a été déclarée ne contient aucun renvoi exprès qui permettrait l'application des règles de prescription que la décision invoque [celles du Code civil] et la nature de la nullité qui a été déclarée empêche de compléter la norme constitutionnelle ou de lui intégrer des préceptes de [droit] commun, puisque le texte de la première exclut toute possibilité d'assainissement dès lors qu'il dispose que **les actes qui l'enfreignent sont nuls per se sans qu'il soit besoin d'aucune déclaration, empêchant ainsi que la volonté des parties ou le passage du temps puissent les valider***»³⁸⁶ (soulignement ajouté),

ou dans l'arrêt du 17 mai 2000 :

« cette nullité [de droit public], du fait des caractéristiques qu'elle présente et de la manière dont elle est conçue dans l'ordonnance du fondement des institutions, opère de plein droit, de sorte que sollicitée auprès d'un tribunal, celui-ci, à supposer établis les éléments de fait qui représentent un excès de pouvoirs, n'a d'autre fonction que de la réaffirmer, et de constater son existence [...] »³⁸⁷ (Soulignement ajouté).

Le Tribunal de Resoumission ne paraît pas avoir remarqué le contenu quasiment identique de l'expression utilisée par la Cour Suprême du Chili – « *constater son existence* » - avec la prétendue « *nature très tortueuse* » de la proposition avancée par les Demanderesses et qui démontrerait, à ses yeux, sa valeur « *plus spéculative qu'opérationnelle* ».

³⁸⁶ “SEXTO: Que, la sentencia [recurrida] ha dado aplicación lisa y llana a las normas del derecho común, sin reparar que la naturaleza de los vicios que afectan a los decretos impugnados hacen improcedente estimar que puedan sanearse en el transcurso del tiempo, especialmente si se considera que la disposición constitucional en cuya virtud se ha declarado la nulidad no contiene remisión expresa alguna que permita aplicar las reglas de prescripción que el fallo invoca [del Código Civil]; y la naturaleza de la nulidad que se ha declarado impide integrar o complementar la norma constitucional con preceptos comunes, ya que el texto de la primera excluye toda posibilidad de saneamiento desde que dispone que los actos que la infringen son nulos per se sin necesidad de declaración alguna, impidiendo así que la voluntad de las partes o el transcurso del tiempo puedan convalidarlos”, cité dans Otero (Miguel) *La nulidad procesal en derecho público en general. Fundamentos constitucionales*, 2009, pages 287 et suivantes, Pièce C188

³⁸⁷ Pièce C186 (CM15 de la procédure de Resoumission), arrêt de la Cour Suprême du Chili du 17 mai 2000 (Consd. 3^{ème} dans l'affaire de la Société des Presses *Horizonte* Ltée., dissoute et dont les biens furent confisqués en vertu des Décrets nos 77 et 1726 de 1973, les mêmes décrets appliqués dans le cas des entreprises de presse propriété de M. Pey Casado

263. Malgré le fait que les Demanderesses ont toujours affirmé devant le 2^{ème} Tribunal qu'elles ne trouvaient aucune erreur et qu'il n'y avait pas à modifier la Sentence initiale d'un iota³⁸⁸, le Tribunal leur a toutefois demandé lors des audiences:

*Assuming, purely hypothetically, that the first tribunal was wrong in making an assumption that Decree 165 was in force as a matter of Chilean law at the time of the award, what effect, if any, would that have on the terms of the award itself; or alternatively, what effect, if any, would it have on the powers and functions of the present Tribunal in these resubmission proceedings?*³⁸⁹,

et par ce biais, après avoir orienté de la sorte les Demanderesses sur une voie qu'elles ont explicitement refusé de suivre, la Sentence altère néanmoins la position des Demanderesses, la faussant entièrement, au point d'attribuer aux Demandeurs des allégations mutuellement incompatibles voire incohérentes, afin de parvenir à son but prédéterminé au §196

« La réponse des Demanderesses à cette objection est quelque peu complexe. Elles soutiennent à certains endroits que des éléments des parties non annulées de la Sentence Initiale doivent être réexaminés et modifiés par le présent Tribunal. Ce serait toutefois (...) aller bien au-delà des fonctions et des pouvoirs que le Tribunal tient de l'article 55 du Règlement d'arbitrage du CIRDI, et cet argument ne sera pas examiné plus avant dans la présente Sentence. (...) Il s'ensuit, toujours selon les Demanderesses, que le préjudice subi par elles du fait du déni de justice est la perte de ce droit à compensation dans l'arbitrage initial de sorte que c'est ce préjudice qu'elles peuvent maintenant invoquer dans la présente procédure » (soulignement ajouté).

Alors que

- 1) les Demanderesses n'ont soutenu nulle part que la Sentence initiale devait être réexaminée ni modifiée par le Tribunal de Resoumission,
- 2) la discrimination, au détriment des Demanderesses, fait partie du Dispositif de la Sentence initiale (para. 2), la 2^{ème} Sentence ignore ici la prétention relative à la « discrimination » affirmée par les Demanderesses dans leur *Mémoire* (§§320, 338, 341), leur *Réplique* (§§3, 186, 203, 228, 268, 291(e), 304-316, 334, 408) et dans l'intervention de Mmes Malinvaud et Muñoz, audience du 16-05-2015, pages 16 et 31],
- 3) Le renvoi ici à « l'arbitrage initial » dénature la prétention des Demanderesses, car dans la Sentence initiale ce « droit à compensation » est déclaré dans le p. 3 du Dispositif avec l'autorité de la chose jugée, il n'a pas été perdu.

264. Les Demanderesses affirmaient autre chose, le rapport de causalité, à savoir que les actes de déni de justice et discrimination du Chili intervenues après l'entrée en vigueur de l'API (1994) ont eu comme résultat la perte, au Chili, « de la valeur de l'investissement » (Me Malinvaud, audience du 13-04-2015, page 19), « la perte totale [au Chili] de son droit à indemnisation sur l'ensemble des biens confisqués » (intervention de Me Muñoz, audience

³⁸⁸ Pièce C43, Transcription de l'audience du 13-04-2015, page 4, intervention de Juan Garcés : « Les Demanderesses proposent de ne pas modifier un iota, pas un iota, la partie non annulée de la Sentence. C'est *res judicata* »

³⁸⁹ *Ibid*, 16:57, page 165, lignes 13-19

13-04-2015, page 31). Intervention de Me Malinvaud lors de l'audience du 13-04-2015, page 19 :

« la perte de la valeur de l'investissement est bien la conséquence directe des deux violations qui ont été reconnues : le déni de justice d'une part pour la Goss, la discrimination d'autre part qui est plus large (...) c'est le rapport de causalité entre ces violations et ce dommage » (soulignement ajouté).

Audience du 16-05-2015, intervention de Me Malinvaud (page 16) :

« La position des Demanderesses, telle qu'elle a été exposée au Tribunal et sur laquelle nous reviendrons plus tard à la lumière de ce qui a été dit au cours des audiences, est et reste que le préjudice résultant de [la violation de] l'article 4 de l'API est la perte du droit à compensation [du dommage subi par les Demanderesses au Chili], que ce soit tant à raison du déni de justice qu'à raison de la discrimination. Le fait que le droit à compensation dont les Demanderesses ont été privées en raison du comportement du Chili après l'entrée en vigueur du Traité soit équivalent au droit à compensation résultant de l'expropriation n'est certainement pas anormal et ne contredit en rien les parties qui [n'] ont [pas] été annulées de la Sentence. Je le rappelle, les Demanderesses ne formulent pas de demande de réparation fondée sur la violation de l'article 5 de l'API » ;

intervention de Me Muñoz (page 31) :

« Dès lors que le préjudice qui a été démontré pendant ces audiences est la perte totale de son droit à indemnisation sur l'ensemble des biens confisqués, il est normal que la valorisation du préjudice se fasse sur la Faire Market Value de cet investissement ».

**

3. Le refus du 2^{ème} Tribunal arbitral d'appliquer la loi chilienne à la demande en réparation du dommage moral

265. Il est incontestable que les tribunaux CIRDI ont compétence pour accorder des dommages moraux. Voir par exemple *Desert Line v. Oman*³⁹⁰; Conway Blake, "Moral Damages in Investment Arbitration : A Role for Human Rights ?"³⁹¹; ou l'opinion convergente et divergente de Gary Born dans *Biwater Gauff v. Tanzania*.³⁹²

266. La non-application dans la 2^{ème} Sentence du droit applicable, le droit du Chili, est manifeste dans le traitement du dommage moral. Il ne s'agit pas d'une erreur dans l'application du droit mais de sa non application catégorique.

Le Tribunal de Resoumission a manqué d'exercer cette compétence, et a, en conséquence, commis un excès de pouvoir manifeste.

³⁹⁰ Pièce C31, ICSID Case No. ARB/OS/17, Award, 6 février 2006, §§284-291, accessible dans <http://bit.ly/2rw52td>

³⁹¹ Pièce C32, (2012) 3:2 J Intl Dispute Settlement 1, pages 371-407, accessible dans <http://bit.ly/2r0OpSY>

³⁹² Pièce C33, ICSID CASE NO. ARB/05/22, Award, 24 juillet 2008, §§24, 25, 32, accessible dans <http://bit.ly/2syzVvz>

267. En effet, alors qu'en droit chilien le dommage moral est exempté de la charge de la preuve (sous-entendu, distincte de celle démontrant l'existence de ce à quoi il s'attache), comme il a été attesté dans la Réplique du 9 janvier 2015³⁹³ et le *Mémoire* du 27 juin 2014³⁹⁴:

« 7^{ème}. Que, comme le soutiennent correctement les juges du fond, le dommage moral consiste en la douleur psychique et même physique, qu'éprouve une personne découlant d'un événement. (...). Comme le dommage moral doit être réparé par l'auteur de l'offense et qu'il n'est pas nécessaire que soit apportée une preuve tendant à l'accréditer, étant évident que cela (...) cause affliction et douleur à la victime et les juges du fond sont obligés de les compenser en argent, en fixant un montant en accord avec la valeur probante des antécédents réunis en l'espèce (...) »³⁹⁵ (soulignement ajouté),

et que, dans le cas spécifique des actionnaires des entreprises de presses, les Cours de Justice du Chili reconnaissent le droit à indemnisation pour dommage moral sans besoin de prouver celui-ci³⁹⁶, indépendamment de la preuve de ce qui l'a causé:

« II- Qu'est déclaré d'office nul, de la nullité de Droit Public, le Décret Suprême n° 126 du Ministère de l'Intérieur du 3 décembre 1973, publié au Journal Officiel du 2 Janvier 1974, dans ses parties qui étendent aux personnes physiques, les dispositions de la section 2° de l'article 1° du Décret-Loi n° 77 de 1973.

III- Qu'il est fait droit à la demande avancée au principal figurant aux pages 1 [sic], quant à voir déclarés nuls, de la nullité de Droit Public le Décret Exempté n° 312 du Ministère de l'Intérieur, du 18 novembre 1974, publié en extrait au Journal Officiel du 21 Décembre 1974 et le Décret Suprême n° 506, du même Ministère, du 14 Mai 1976, publié au Journal Officiel du 10 Novembre 1976.

Demeurent en conséquence sans effet les mesures conservatoires ou d'enquête relatives aux patrimoines des demandeurs qui n'auraient pas été édictées par une autorité judiciaire, et doivent au surplus être annulées les inscriptions, notations ou sous-inscriptions qui affecteraient la validité de la société Périodique Chili Ltée. et qui auraient été pratiquées en vertu des actes administratifs visés.

IV- Que cette même demande est acceptée quant à voir condamner le Fisc du Chili à indemniser la société Périodique Chili Ltée. à concurrence de la valeur des biens meubles et immeubles signalés dans la demande et pour les dommages qui lui auraient été causés du fait de la privation de ces biens par application des actes administratifs mentionnés, la discussion de ces points, quant à la nature et au montant, étant réservée pour l'étape de l'exécution de l'arrêt.

V- Qu'il est fait droit également à la demande citée quant à voir condamné le Fisc du Chili à indemniser les demandeurs Jorge Peña Delgado, Nuncio Readí Zablah et Iván Quintana Miranda

³⁹³ Pièce C40, §§339-340

³⁹⁴ Pièce C8, §164

³⁹⁵ Pièce C189 (pièce C-M29), Arrêt de la Cour Suprême du Chili du 13 novembre 1997, page 3, Considérants 6-8 : « "7° Que, como correctamente lo sostienen los jueces del fondo, el daño moral consiste en el dolor psíquico y aun físico, o sea, los sufrimientos que experimenta una persona a raíz de un suceso, (...). Como el daño moral debe ser reparado por el ofensor y no es necesario que se rinda prueba tendiente a acreditarlo, por cuanto es obvio que (...) produce aflicción y dolor en la víctima y los jueces del fondo están obligados a compensarlo en dinero, fijando un monto conforme al mérito de los antecedentes que se reúnan en la causa (...)" », soulignement ajouté

³⁹⁶ Pièce C190, Sentence de la 1^{ère} Chambre Civile de Concepción du 3 décembre 1998, points II à V du Dispositif (page 26 de la traduction française ; pages 40-41 en espagnol), confirmée par la Sentence de la Cour Suprême du Chili du 21 juin 2000 (pièce C187); pièce C108, Arrêt de la Cour d'Appel de Santiago du 27 avril 1998, pp. 58-62

pour les dommages d'ordre moral qui leur auraient été causés par l'application des actes administratifs visés. » (Soulignement ajouté),

la 2^{ème} Sentence n'applique pas le droit chilien. Celle-ci base son rejet de la demande de dommage moral précisément sur la non-application pure et simple du droit du Chili :

« Si le Tribunal avait estimé que la demande relative au dommage matériel était étayée par des preuves, il aurait été disposé à examiner l'argument subsidiaire des Demanderesses selon lequel le préjudice moral (à supposer qu'il fût démontré) était un facteur à prendre en compte dans l'évaluation de la réparation appropriée au titre de la violation de la garantie d'un traitement juste et équitable ; mais, comme la demande relative au dommage matériel a elle-même été rejetée, cet argument doit également être écarté. » (§243, soulignement ajouté).

268. D'autre part, en droit international la compétence pour attribuer un dommage moral ne dépend pas d'une détermination préalable d'un dommage matériel ou d'un préjudice matériel.

Cela ressort manifestement des termes limpides des Articles de la CDI sur la responsabilité de l'État. L'article 31 (2)³⁹⁷ fait référence à la responsabilité de l'État pour préjudice découlant d'un acte internationalement illicite comme s'étendant à **tout** dommage que ce soit matériel **ou** moral. Le commentaire se rapportant aux Articles de la CDI (p. 9), rend également parfaitement clair qu'un préjudice ou un dommage matériel ne constitue pas un préalable pour la prise en considération d'une demande de réparation, que la forme de réparation réclamée soit ou non un dédommagement :

« 9) Le paragraphe 2 envisage une autre question, à savoir celle du lien de causalité entre le fait internationalement illicite [préjudice primaire] et le préjudice [résultant =infliction d'un dommage à réparer 100%]. C'est uniquement 'le préjudice... résultant du fait internationalement illicite d'un État' qui doit être intégralement réparé. Cette formulation vise à indiquer que l'objet de la réparation est, globalement, le préjudice résultant du fait internationalement illicite et imputable à celui-ci, et non toutes les conséquences de ce fait. »

269. En conséquence, le paragraphe n° 243 de la Sentence dans la procédure de Resoumission doit être annulé pour excès de pouvoirs manifeste.

**

4. Le refus du 2^{ème} Tribunal d'appliquer la loi applicable à la question de l'enrichissement injuste

270. La section K de la Sentence de la procédure de resoumission doit être annulée pour non application catégorique de la loi applicable, et pour manquement de la part du Tribunal à répondre à une question qui lui a été posée.

³⁹⁷ Article 31(2) : « Le préjudice comprend tout dommage, tant matériel que moral, résultant du fait internationalement illicite de l'État. »

271. Comme il apparaît clairement dans le résumé de la réclamation des Demanderesses relativement à l'enrichissement injuste (paragraphe n° 52 de la Sentence de Resoumission³⁹⁸), les Demanderesses faisaient valoir l'enrichissement injuste en tant que doctrine générale du droit international. **La législation applicable selon l'article 10(4) de l'API Espagne-Chili inclut les principes du droit international.**
272. **Comme le Tribunal de Resoumission a manqué à l'obligation de prendre en considération et d'appliquer l'enrichissement injuste, en tant que principe du droit international, le Tribunal ne traite jamais la réclamation qui lui est adressée par les Demanderesses, à savoir que, dans le cadre général de la législation internationale sur l'enrichissement injuste, le fait de ne pas restituer les bénéfices obtenus injustement est un acte internationalement illicite, atteignant en l'espèce largement la période de compétence *ratione temporis* stipulée par le traité.**
273. Le Tribunal de Resoumission était compétent pour prendre en compte des violations persistante d'**obligations secondaires** contraires aux critères de traitement en droit international, de même que pour déterminer que l'obligation **primaire** relative au traitement juste et équitable avait été enfreinte, mais il a manqué à l'obligation d'exercer cette compétence parce qu'il n'a pas appliqué à cet égard la législation applicable.
274. En d'autres termes, l'injustice consistant à **ne pas rendre** (*not disgorging*) les bénéfices était la question soumise au Tribunal de Resoumission en relation avec le principe de l'enrichissement injuste.
275. Le manquement absolu à appliquer la législation applicable dans ce contexte a amené le 2ème Tribunal à une compréhension ou énonciation erronée, dans la section K de sa Sentence, de la réclamation des Demanderesses comme constituant une reformulation de la demande selon laquelle la prétendue confiscation **initiale** était une violation du traité, ce qui avait été exclu par le Tribunal initial avec l'autorité de la chose jugée, étant donné que l'acte en question était hors du domaine temporel du traité.

³⁹⁸ Pièce C9f, Sentence du 13-09-2016, §52 : « (...) L'enrichissement sans cause est interdit tant par le droit interne chilien [CM, para. 414] que par le droit international coutumier [CM, paras. 418-19 ; Pièce NDJ-7, l'Usine de Chorzów, CPJI Ser. A n° 17, pp. 47-48 ; Azurix Corp. c. La République argentine, Affaire CIRDI ARB/01/12, Sentence du 14 juillet 2006, para. 436 ; et Sea-Land Services Inc. c. Iran (Tribunal des Réclamations États-Unis – Iran, Sentence n° 135-33-1, 22 juin 1984), 6 IUSCTR 149, p. 168.]. » Voir également les §§412-431 de la Demande de Resoumission du 26 juin 2016 et les §§365-381 de la Réplique du 9 janvier 2015

III.6 MOTIF D'ANNULATION TIRÉ DE L'INOBSERVANCE GRAVE D'UNE RÈGLE FONDAMENTALE DE PROCEDURE, D'EXCÈS DE POUVOIR MANIFESTE ET D'ABSENCE DE MOTIFS DANS LA DÉCISION DU 6 OCTOBRE 2017

276. La partialité évidente dont fait preuve un tribunal du CIRDI et le caractère arbitraire de ses décisions constituent une inobservance grave d'une règle fondamentale de procédure au sens de l'article 52(1)(d) de la Convention.

Dans le cadre de sa décision sur la correction de la sentence régie par l'article 49(2) de la Convention, le 2^{ème} Tribunal a condamné les demanderesses à supporter l'ensemble des frais de cette procédure – et pas seulement ceux relatifs aux demandes de récusation – alors que toutes les erreurs constatées et corrigées par le Tribunal avaient été identifiées par les Demanderesses. Dans de telles circonstances, aucun élément ne justifie la répartition arbitraire des coûts qui a été prononcée à la charge exclusive des demanderesses, si ce n'est un biais évident du Tribunal à leur encontre. En adoptant cette mesure, le 2^{ème} Tribunal ne respecte non seulement pas les standards de la jurisprudence arbitrale, mais aussi ceux qu'il avait lui-même fixés en matière de répartition des coûts dans sa Sentence du 13 septembre 2016.

277. De manière réitérée les Tribunaux du CIRDI ont manifesté à ce sujet ce que montrent les exemples suivants :

The Tribunal has found merit in part of the Request. Therefore, each Party shall bear the expenses incurred by it in connection with this Decision and one-half of the Tribunal's fees and expenses as well as of ICSID's administrative fees and expenses for the total amount of USD 7,500.00³⁹⁹

**

Having considered the Parties' positions, and taking into account the Tribunal's decisions, which resulted in two clerical corrections to the Award, the Tribunal determines that (...) each Party shall bear their legal and other costs and half of the Tribunal's fees and costs and of the administrative expenses of ICSID.⁴⁰⁰

**

For the reasons stated above, the Tribunal unanimously decides:

³⁹⁹ Pièce C205, *Philips Morris v. Uruguay*, ICSID Case No. ARB/10/7, Decision on Rectification, §43, 26 septembre 2016, accessible dans <http://bit.ly/2yB3qTP>

⁴⁰⁰ Pièce 202, *Içkale İnşaat Limited Şirketi v. Turkmenistan* (ICSID Case No. Arb/10/24), Decision on claimant's request for supplementary decision and rectification of the Award, 4 octobre 2016, §157, accessible dans <http://bit.ly/2yBHUhK>

(1) To grant the request for rectification of the Award submitted by the Kingdom of Spain on December 13, 2000, thereby substituting in line 14 (13 in the English version of the Award) of paragraph 45 of the Award the word “employee” for the word “official.”

(2) Each of the parties shall bear the entirety of the costs of its own expenses and legal fees for its own counsel resulting from the present rectification proceedings.⁴⁰¹

**

Having considered Romania's Request and the Claimant's lack of objections, the Tribunal unanimously decides to grant the Request for Rectification, thereby substituting page six of the Award for the enclosed revised page six.

Each party shall bear the entirety of the expenses incurred by it in connection with the present Decision. The costs, including fees of the members of the Tribunal, shall be borne by the parties in equal shares.⁴⁰²

278. Le 27 octobre 2017 les Demanderesses ont formulé une demande en rectification de quatre erreurs matérielles contenues dans la Sentence arbitrale du 13 septembre 2016⁴⁰³, l'État Défendeur a accepté les rectifications proposées. La Décision du 6 octobre 2017 a reconnu ces quatre erreurs et après avoir ordonné les rectifier dans la Sentence arbitrale a décidé

a) au §61 :

« Il résulte des paragraphes 56 à 60 ci-dessus que les frais à la charge des Demanderesses s'élèvent à 45,926.72 USD et que les Demanderesses ont par conséquent l'obligation de rembourser à la Défenderesse le montant de 22,963.36 USD »,

sans que la Décision identifie quelle somme correspond à la partie spécifique à la procédure en rectification d'erreurs matérielles de l'article 49(2) et quelle somme correspond à la procédure de récusation régie par les articles 57 et 58 de la Convention,

et au §62(b) :

« les frais exposés par le Centre dans le cadre de la présente Procédure de Correction (...) seront à la charge des Demanderesses. »

279. La motivation de cette Décision relative aux frais de la procédure de correction a été la suivante :

IV. FRAIS

⁴⁰¹ Pièce 203, *Emilio Agustín Maffezini v. The Kingdom of Spain*, ICSID Case No. ARB/97/7, Rectification of the Award, 31 January 2001, §21, accessible dans <http://bit.ly/2wHli9z>

⁴⁰² Pièce C204, *Noble Ventures, Inc. v. Romania*, ICSID Case No. ARB/01/11, Rectification of the Award, 19 May 2006, §§7 et 8, accessible dans <http://bit.ly/2ybiiqy>

⁴⁰³ Pièce C126

56. Le Tribunal renvoie à ses observations dans la Sentence après Nouvel Examen sur la répartition des frais, notamment aux paragraphes 249 et 251. Étant donné que, conformément à l'article 49 de la Convention CIRDI, la décision rendue sur une requête en correction doit faire partie intégrante de la sentence, le Tribunal ne voit aucune raison valable pour laquelle les mêmes principes ne devraient pas s'appliquer également à la présente Procédure de Correction. Il ressort de l'article 49(4) du Règlement d'arbitrage que les pouvoirs d'un tribunal en ce qui concerne les frais sont les mêmes dans les deux cas.

58. (...) le Tribunal décide (...) que les frais exposés par le Centre dans le cadre de la présente procédure de correction (...) seront à la charge des Demanderesses (...) » [soulignements ajoutés].

Or les §§249 et 251 de la Sentence de Resoumission n'affirmaient pas le 13 septembre 2016 ce que la Décision du 6 octobre 2017 leur attribue:

« 249. Le Tribunal est de l'avis que, en règle générale, la partie qui a gain de cause, qu'il s'agisse du demandeur ou du défendeur, doit être protégée contre le coût et les frais liés à la nécessité de participer au contentieux. Ce principe contribue à la réduction des coûts et à l'efficacité, et il s'applique aussi bien à l'arbitrage en matière d'investissements qu'à d'autres formes de résolution des litiges. Le Tribunal relève à ce propos que le Tribunal Initial a adopté un point de vue similaire et a mis à la charge de la Défenderesse une contribution aux frais et dépens exposés par les Demanderesses, tout en partageant les frais d'arbitrage d'une manière inégale en faveur des Demanderesses.

« 251. Compte tenu de ces circonstances très particulières, le Tribunal propose de faire pleinement usage du pouvoir discrétionnaire que lui confère l'article 61(2) de la Convention CIRDI et l'article 47 du Règlement d'arbitrage du CIRDI et ordonne que les frais de la procédure d'arbitrage soient supportés par les Parties dans des proportions similaires, mais inverses, à celles décidées par le Tribunal Initial, à savoir trois quarts du montant total par les Demanderesses et un quart par la Défenderesse. (...) » [Soulignement ajouté]

Il est donc patent qu'en imposant aux Demanderesses de supporter la totalité des frais de la procédure en rectification dans les §§58, 61 et 62(b) de sa Décision, le 2^{ème} Tribunal a agi en contradiction avec ses propres fondements au §56 -relatifs aux frais de la procédure en rectification d'erreurs matérielles de l'article 49(2) de la Convention - et, également, que le Tribunal a enfreint à ce sujet les principes fondamentaux de respect de l'impartialité et de l'interdiction de l'arbitraire.

La Décision du 6 octobre 2017, en n'identifiant pas la somme des frais qui correspondent exclusivement à la part de la procédure en rectification régie par l'article 49(2) de la Convention, rend impossible d'identifier le montant des frais correspondant à la procédure spécifiquement régie par les articles 57 et 58.

280. Les Demanderesses sollicitent en conséquence respectueusement du Comité *ad hoc* qu'il annule dans sa totalité les §§58, 61 et 62(b) de la Décision du 6 octobre 2017, pour les motifs établis à l'article 52(1) de la Convention, lettres (b), (d) et (e).

IV. DEMANDE DE SUSPENSION DE L'EXÉCUTION DE LA SENTENCE

281. La Section 6 de la Convention du CIRDI dispose à l'article 53(2) qu'aux fins de la reconnaissance et de l'exécution de la sentence, « *une 'sentence' inclut toute décision concernant (...) l'annulation de la sentence prise en vertu* » de l'article 52.
282. À son tour, la Règle d'arbitrage n° 55(3) dispose que le Tribunal arbitral constitué conformément à l'article n° 52(6) de la Convention « *ne procède pas à un nouvel examen de toute partie non annulée de la sentence* ».
283. Il est donc impératif et incontournable que l'exécution de la Sentence du 13 septembre 2016 doive tenir compte de la Décision à intervenir du Comité *ad hoc* des motifs d'annulation de la Sentence arbitrale de Resoumission pour avoir enfreint l'autorité de la chose jugée de la Sentence arbitrale initiale, du 8 mai 2008.
284. L'article 52(5) de la Convention confère au Comité *ad hoc* l'autorité de décider de suspendre l'exécution de la sentence jusqu'à ce qu'il se soit prononcé sur la demande en annulation, s'il estime que les circonstances l'exigent.
285. La Règle d'arbitrage n° 54 dispose que

« (1) (...) l'une ou l'autre des parties peut à tout moment avant qu'il ait été définitivement statué sur la demande, requérir qu'il soit sursis à l'exécution de tout ou partie de la sentence visée par la demande. Le Tribunal ou le Comité examine par priorité une telle demande. (...) »

(4) Une demande introduite conformément au paragraphe (1) (...) précise les circonstances qui exigent la suspension (...). Il n'est satisfait à une demande que lorsque le Tribunal ou le Comité a donné à chacune des parties la possibilité de présenter ses observations. »

286. En l'espèce les circonstances rendant indispensable cette suspension sont notamment les suivantes :

- 1) Le principe de *res iudicata* fait partie du droit international public général, dans le sens de l'art. 38 du Statut de la C.I.J. Comme celle-ci l'a affirmé :

« suivant un principe de droit bien établi et généralement reconnu, un jugement rendu par un pareil corps judiciaire est chose jugée, et a force obligatoire entre les parties au différend. »⁴⁰⁴

⁴⁰⁴ Pièce C176, CIJ., *Effet de jugement du tribunal administratif des N.U. accordant indemnité, avis consultatif du 13 juillet 1954*, Recueil 1954, page 53, accessible dans <http://bit.ly/2uALtTt> ; cfr. dans le même sens, dans l'affaire Laguna del Desierto Arbitration (Argentine v. Chili), la sentence arbitrale du 21 octobre 1994, 113, I.L.R. (1999), §68, pièce C177 (jointe à la lettre des investisseurs espagnols du 23 août 2013)

- 2) Une décision a l'effet de *res iudicata* si elle est finale⁴⁰⁵. Un consensus existe sur le fait qu'on ne peut attribuer aucun effet de *res iudicata* à une décision susceptible d'avoir des défauts suffisamment graves pour l'annuler dans sa totalité, comme c'est le cas actuellement de la Sentence du 13 septembre 2016 conformément à l'article 52 de la Convention.
- 3) La décision qui sera prononcée par le Comité *ad hoc* pourrait rendre à la Sentence de Resoumission l'effet négatif de la *res iudicata* entre les mêmes parties de la Sentence arbitrale du 8 mai 2008 -qui a l'autorité de la chose jugée- un effet de préclusion concernant tout recours de quelque nature que ce soit à l'encontre de la Sentence de Resoumission.
- 4) La suspension de l'exécution ne provoque pas de dommage irréparable à l'État du Chili.
- 5) Depuis le dépôt de leur Requête initiale d'arbitrage, le 3 novembre 1997, les Demanderesses ont toujours accompli leurs obligations. Il n'existe aucun risque de non-respect de la Sentence du 13 septembre 2016 au cas où celle-ci serait confirmée par le Comité *ad hoc*.
- 6) La demande en annulation de la Sentence arbitrale du 13 septembre 2016 n'est pas dilatoire.
- 7) En conséquence, il est à la fois conforme à l'article 52(5) de la Convention, opportun, logique et raisonnable de suspendre provisoirement l'exécution de la Sentence du 13 septembre 2016, jusqu'à ce que le Comité *ad hoc* ait statué sur la requête en annulation.

287. **Afin de gagner du temps, éviter des éventuelles contradictions et limiter les frais les Demanderesses sollicitent respectueusement qu'il soit sursis à l'exécution de la Sentence du 13 septembre 2016, jusqu'à ce que le Comité *ad hoc* ait prononcé sa décision sur la violation alléguée par cette Sentence de l'autorité de la chose jugée de la Sentence arbitrale du 8 mai 2008, de même que sur les autres motifs d'annulation de la Sentence de Resoumission.**

V. DEMANDE AU COMITÉ AD HOC

288. **PAR CES MOTIFS, les Demanderesses sollicitent respectueusement qu'il
PLAISE AU COMITÉ AD HOC**

⁴⁰⁵ Voir pièce C178, Lowe (Vaughan), *Res Judicata and the Rule of Law in International Arbitration*, 8 Afr. J. Int'l & Comp. L. 38 1996, 42; pièce C179, De Visscher, *La chose jugée devant la Cour Internationale de La Haye*, Rev. Belge Droit Int'l (1965), 5

1. accepter la présente Requête, et ses pièces annexes, proposée en annulation
 - i. de la totalité de la Sentence de Resoumission communiquée le 13 septembre 2016, pour les motifs établis à l'article 52(1) de la Convention, lettres (a), (b), (d) et (e), de la Convention du CIRDI, en ce compris
 - ii. l'annulation des §§58, 61 et 62(b) de la Décision du 6 octobre 2017, pour les motifs des lettres (b), (d) et (e) de l'article 52(1) de la Convention ;
2. suspendre l'exécution de la Sentence de Resoumission jusqu'à ce qu'il se soit prononcé sur la Requête en annulation, conformément à l'article 52(3) de la Convention ;
3. condamner le moment venu, au cas où elle s'opposerait aux demandes formulées dans la présente Requête, la République du Chili à supporter les coûts de la présente procédure d'annulation, des incidents éventuels, y compris les frais et honoraires des membres du Comité *ad hoc*, les frais pour utilisations des installations du CIRDI, les frais de traduction, ainsi que les frais et honoraires professionnels des parties Demanderesses, des avocats, experts et autres personnes appelées à comparaître devant le Comité *ad hoc*, et à payer les sommes conformes à toutes autres condamnations que le Comité *ad hoc* estimerait justes et équitables, avec intérêts composés ;
4. prendre toute autre résolution qu'il jugerait juste et équitable dans les circonstances du cas d'espèce.

Madrid/Washington le 10 octobre 2017

PIÈCES ANNEXÉES

<u>N° avec lien au document</u>	<u>DOCUMENT</u>	<u>DATE DU DOCUMENT</u>	<u>PROCÉDURE D'ORIGINE</u>
<u>C1</u>	Marboe (I.), <u>Calculation of Compensation and Damages in International Investment Law</u>, Oxford University Press, 2009, page 12	2009	Procédure en resoumission CL48
<u>C2</u>	Sentence arbitrale initiale, <i>res iudicata</i> (à l'exception du para. 4 du Dispositif et le Ch. VIII)	2008-05-08	Id.
<u>C3f</u> <u>C3e</u>	API Espagne-Chili	1991-10-02	Id.
<u>C4</u>	Waincymer (J.) <i>International Arbitration and the Duty to Know the Law</i>, Journal of International Arbitration, 28(3) (2011), 208	2011	
<u>C5</u>	Audience du 15 avril 2015	2015-06-15	Id.
<u>C6</u>	Audience du 15 avril 2015, transcription en anglais de l'intervention de la Défenderesse, pages 94-95, 16 :34 heures	2015-06-16	Id.
<u>C7</u>	<i>Klockner v. Cameroon</i>, Decision on Annulment, 2 ICSID Rep. 95	1985-05-03	Id., CL200
<u>C8</u>	Mémoire en demande en Resoumission	2014-06-27	Id.
<u>C9f</u>	Sentence arbitrale en Resoumission	2016-09-13	Id.
<u>C10</u>	Communications des Demanderesses au CIRDI, désistement de la procédure de l'art. 49(2) de la Convention CIRDI	2017-04-21	Id.
<u>C11</u>	Communications des Demanderesses au CIRDI, désistement de la procédure de l'art. 50 de la Convention du CIRDI	2017-04-21	
<u>C12e</u> et <u>C12f</u>	Ordonnance du Secrétaire général du CIRDI prenant note de la fin de l'instance en interprétation de la Sentence initiale (art. 50 de la Convention du CIRDI)	2017-05-12	Id.
<u>C13</u>	Affaire <i>Togo Electricité c. Togo</i>, Affaire CIRDI N° ARB/06/07, Décision en annulation	2011-09-06	Id., CRL304

<u>C14</u>	Affaire <i>Tulip Real Estate and development Netherlands B.V. v Republic of Turkey</i>, ICSID Case No. ARB/11/28, Decision on Annulment	2015-12-30	
<u>C15</u>	<i>Historique de la Convention CIRDI</i>, Vol. II, pages 850-852, 992-993	1968	
<u>C16</u>	<i>Historique de la Convention CIRDI</i>, Vol. III, pp. 41, 200, 271, 317,318, 457, 681, 703	1968	
<u>C17</u>	<i>History of the ICSID Convention</i>, Vol. II-2, p. 340, 846, 850, 852, 992 et ss	1968	
<u>C18</u>	<i>Historique de la Convention CIRDI</i>, Vol. III, pp. 678-679, 695-696, 774-775	1968	
<u>C19</u>	ILC, <i>Second Report on State Responsibility</i> by Special Rapporteur Roberto Ago, §54	1970	
<u>C20</u>	Décision du Comité <i>ad hoc</i>	2012-12-18	Id.
<u>C21e</u> et <u>C21f</u>	Requête d'arbitrage initiale	1997-11-03	Id.
<u>C22e</u> et <u>C22f</u>	Communication de M^{me} la Ministre des Biens Nationaux du Chili, en date du 20.XI.1995 [adressée] à M. Victor Pey Casado, repoussant la requête de ce dernier du 6.XI.1995 (annexe 23 à la Requête d'arbitrage du 3 novembre1997)	1995-11-20	Id.
<u>C23</u>	Lettre de M. Pey le 10-01-1996 au GouvChili - art. 10.2 API (annexe 11 à la Requête d'arbitrage du 3 novembre1997)	1996-10-01	Id.
<u>C24</u>	Lettre de M. Pey Casado le 29-05-1997 au GouvCh -art. 10(2) API (annexe 12 à la Requête d'arbitrage du 3 novembre1997)	1997-05-29	Id.
<u>C25</u>	Consentement à l'arbitrage de M. Victor Pey Casado, 2-10-1997 (annexe 10 à la Requête d'arbitrage du 3 novembre1997)	1997-10-02	Id.
<u>C26</u>	Consentement à l'arbitrage par la Fondation « Président Allende », 6-10-1997 (annexe 2 à la Requête d'arbitrage du 3 novembre1997)	1997-10-06	Id.
<u>C27</u>	M. Pey demande à S.E. le Président du Chili la restitution des biens confisqués, 6-11-1995 (annexe 22 à la Requête d'arbitrage du 3 novembre1997)	1995-11-06	Id.

<u>C28</u>	Certificat d’inscription de M. Pey au fichier de la Municipalité de Madrid, 19-11-1996 (annexe 8 à la Requête d’arbitrage du 3 novembre 1997)	1996-11-19	Id.
<u>C29</u>	CPIJ, <i>Affaire Lusitania</i>, Sentence	1923-11-1	Id., NDJ9
<u>C30e</u> et <u>C30f</u>	Décision du Tribunal arbitral initial relative à des mesures conservatoires concernant la Décision 43 du Ministère des Biens Nationaux	2001-09-25	Id.
<u>C31</u>	<i>Desert Line v. Oman</i>, ICSID Case No. ARB/OS/17, Award	2006-02-06	Id., CL176
<u>C32</u>	Blake (Conway), “Moral Damages in Investment Arbitration: A Role for Human Rights? (2012) 3:2 <u>J Intl Dispute Settlement</u> 1	2012	
<u>C33</u>	Opinion convergente et divergente de Gary Born dans <i>Biwater Gauff v. Tanzania</i>, ICSID Case NO. ARB/05/22, Award, 24 juillet 2008	2008-07-24	
<u>C34e</u> et <u>C34f</u>	Déclaration du représentant du Chili, M. Jorge Carey, à journal <u>El Mercurio</u>	2016-09-15	Procédure en correction
<u>C35</u>	Déclaration de Mme. Gehring, conseil du Chili, à la revue GAR, 29 novembre 2016	2016-11-29	
<u>C36</u>	Communiqué public du Comité des Investissements Étrangers	2016-09-14	
<u>C37</u>	CIDH, affaire <i>Radilla-Pachecho v. Mexico</i>, Sentence	2009-11-23	
<u>C38</u>	Teitel (R.G.), “<i>Transitional Justice and Judicial Activism: The Right to Accountability</i>”, Cornell Journal of International Law	2015	
<u>C39</u>	<i>Perenco Ecuador Ltd. v. The Republic of Ecuador and Empresa Estatal Petróleos del Ecuador (Petroecuador)</i>, ICSID Case No. ARB/08/6, Decision on Ecuador’s Reconsideration Motion	2015-04-10	
<u>C40</u> et <u>C40e</u>	Réplique des Demanderesses	2015-01-09	Procédure en resoumission
<u>C41</u>	Rapport financier d’<i>Accuracy</i>	2014-06-27	Id.
<u>C42</u>	Rapport financier complémentaire d’<i>Accuracy</i>	2015-01-07	Id.
<u>C43</u>	<i>Audiencias</i> des 13 à 16 avril 2015, Intervention intégrale des seules Demanderesses	2015-04-13 à 16	Id.
<u>C44</u>	Mémoire en Réponse de l’État du Chili	2014-10-27	Id.

<u>C45</u>	Annexe 21 à la Requête d'arbitrage initiale du 3 novembre 1997 (Décision de la 8^{ème} Chambre Correctionnelle de Santiago de restituer à M. Pey tous les titres de propriété de CPP S.A. (40.000), ainsi que les preuves de leur achat et du paiement [correspondant] en 1972, et d'autres documents justificatifs [relatifs] à son investissement au Chili)	1995-05-24	Id.
<u>C46</u>	<i>Exposé complémentaire des Demanderesses sur la compétence du Tribunal arbitral</i>	2002-09-11	Id.
<u>C47</u>	<i>White Industries Australia Ltd v. India, ad hoc—UNCITRAL Final Award</i>	2011-11-30	Id.
<u>C48</u>	Ripinsky (R.), Williams (K.), <u>Damages in International Investment Law</u>, British Institute of International and Comparative Law, 2008, page 92	2008	Id.
<u>C49</u>	Lowenfeld (A. F.), <u>International Economic Law</u>, Oxford, Oxford Univ. Press, édition de 2008, page 567 et ss.	2008	Id.
<u>C50</u>	<i>MTD Equity et al v Chile, Award of 25 May 2004</i>	2004-05-25	Id.
<u>C51</u>	<i>Azurix v. Argentina, ICSID Case No. ARB/01/12, Sentence</i>	2006-07-14	Id.
<u>C52</u>	<i>CMS Gas Transmission Company v. Argentina, ICSID Case No. ARB/1/8, Sentence</i>	2005-05-12	Id.
<u>C53</u>	<i>Enron Corporation and Ponderosa Assets, LP v. Argentine Republic, ICSID Case ARB/01/3, Sentence, 22 mai 2007</i>	2007-05-22	Id.
<u>C54</u>	<i>Vivendi v. Argentina, ICSID Case No. ARB/97/3, Sentence, 20 août 2007</i>	2007-08-20	Id.
<u>C55</u>	<i>Técnicas Medioambientales v. Mexico, Sentence, 29 mai 2003</i>	2003-05-29	Id.
<u>C56</u>	<i>Asian Agricultural Products Ltd v Sri Lanka, Award</i>	1990-06-27	Id.
<u>C57</u>	<i>ADC v. Hungary , Award</i>	2006-02-02	Id.
<u>C58</u>	<i>Metalclad Corp v. Mexico, <u>Award</u></i>	2000-08-30	Id.
<u>C59</u>	<i>Sempra Energy International v. Argentina, Sentence</i>	2007-09-28	Id.

<u>C60</u>	<i>Wena Hotels Limited v Egypt</i>, Award	2000-12-08	Id.
<u>C61</u>	<i>Occidental Exploration and Production Company v Ecuador</i>, Award	2004-07-01	Id.
<u>C62</u>	<i>Philips Petroleum v. Iran</i>, Sentence	1989-06-29	Id.
<u>C63</u>	<i>Marion Unglaube v. Republic of Costa Rica</i>, Award	2012-05-16	Id.
<u>C64</u>	<i>Gemplus S.A. et al v Mexico</i>, Award	2010-06-16	Id.
<u>C65</u>	<i>Gold Reserve Inc v. Venezuela</i>, Sentence	2014-09-22	Id.
<u>C66</u>	Audience, transcription en espagnol	2015-04-14	Id.
<u>C67</u>	Corrections proposées par les Demanderesses à la transcription de l'intervention de M. Libedinsky	2015-05-20	Id.
<u>C68</u>	Le Tribunal arbitral de Resoumission approuve la transcription de l'intervention de M. Libedinsky proposée par les Demanderesses	2015-06-09	Id.
<u>C69</u>	<i>Azurix Corp. v. The Argentine Republic</i>, Decision on the Application for Annulment of the Argentine Republic, ICSID Case No. ARB/01/12	2009-09-01	
<u>C70</u>	CIJ, demande en interprétation de l'arrêt du 15 juin 1962 en l'affaire du <i>Temple de Préah Vihéar</i> (Cambodge c. Thaïlande, Arrêt, Opinion individuelle du Juge M. Cançado Trindade	2013-11-11	
<u>C71</u>	CIJ, demande en interprétation de l'arrêt du 15 juin 1962 en l'affaire du <i>Temple de Préah Vihéar</i> (Cambodge c. Thaïlande, Arrêt, Déclaration conjointe des Juges MM. Owada, Bennoua et Gaja	2013-11-11	
<u>C72</u>	Le Tribunal arbitral initial rejette la démission de l'arbitre nommé par la République du Chili, M. Leoro Franco	2006-04-25	Procédure arbitrale initiale
<u>C73</u>	Lettre du Juge M. Bedjaoui au Secrétaire Général du CIRDI	2005-10-07	Id.
<u>C74</u>	Communication du Secrétaire Générale du CIRDI, M. Roberto Dañino, du 2 décembre 2005, aux arbitres et aux parties	2005-12-02	Id.

<u>C75</u>	Final award draft of the President de juin 2005	2005-06	Id.
<u>C75bisfr</u> et <u>C75bis e</u>	Les Demanderesses sollicitent au CIRDI lever l'immunité de M. Leoro Franco	2006-04-05	Id.
<u>C76</u>	Broches (A.): <i>Convention on the Settlement of Investment Disputes between States and Nationals of Other States of 1965, Explanatory Notes and Survey of its Application</i>	1993	Id.
<u>C77</u>	Lalive (Pierre) : « <i>Le retrait de l'arbitre nommé par une partie</i> », dans 'Aspects procéduraux' de l'arbitrage entre un État et un investisseur étranger dans la convention du 18 mars 1965, dans <u>Investissements étrangers et arbitrage entre États et personnes privées</u>, Paris, 1969, Ed. A. Pedone	1969	Id.
<u>C78</u>	Amadio (Mario) : <u>Le contentieux international de l'investissement privé et la Convention de la Banque Mondiale du 18 mars 1965</u>. Paris, L.G.D.J., 1967, page 172	1967	Id.
<u>C79</u>	CPIJ, <i>Interprétation des arrêts Nos 7 et 8 (Usine de Chorzów)</i>, C.P.J.I., Série A, N° 13, Arrêt du 16 décembre 1927	1927-12-16	Id., CRL116
<u>C80</u>	<i>Affaire de la délimitation du plateau continental entre le Royaume-Uni de la Grande-Bretagne et de l'Irlande du Nord et la République française</i>, Décision	1978-03-14	Id., CRL169
<u>C81</u>	A.D.I., “<i>Recommandations sur la litispendance et l'autorité de la chose jugée en arbitrage</i>”, <i>Recommandations nos. 4, 4(1) et 4(2)</i>, <u>Revue de l'arbitrage</u>	2006	Id.
<u>C82</u>	Seraglini (V.Ch.): “<i>Brèves remarques sur les Recommandations de l'Association de droit international sur la litispendance et l'autorité de la chose jugée en arbitrage</i>”, <i>Rev. arb.</i>	2006	
<u>C83</u>	Nouvelle soumission du différend	2013-06-16	Id.
<u>C84</u>	Lettre d'accompagnement à la nouvelle soumission du différend	2013-06-16	Id.
<u>C85</u>	Lettre du Chili au CIRDI	2013-07-22	Id.
<u>C86</u>	Lettre des Demanderesses au CIRDI	2013-07-10	Id.
<u>C87</u>	Lettre des Demanderesses au CIRDI	2013-07-26	Id.
<u>C88</u>	Lettre des Demanderesses au CIRDI	2013-07-27	Id.

<u>C89</u>	Lettre des Demanderesses au CIRDI	2013-08-23	Id.
<u>C90</u>	Lettre des Demanderesses au CIRDI	2013-09-25	Id.
<u>C91</u>	Lettre des Demanderesses au CIRDI	2013-10-09	Id.
<u>C92</u>	Lettre des Demanderesses au CIRDI	2013-12-23	Id.
<u>C93</u>	Réponse de Mme. la Secrétaire Générale du CIRDI aux Demanderesses relative à la constitution du Tribunal arbitral de Resoumission	2013-09-13	Id.
<u>C94</u>	Lettre des Demanderesses à l'arbitre M. Alexis Mourre par l'intermédiaire du CIRDI	2013-12-26	Id.
<u>C95</u>	Ordonnance de procédure n° 2	2014-05-18	Id.
<u>C96</u>	<i>Pey v Chile - First Session - Summary of Discussion at First_ Session 11/03/2014</i>	2014-03-11	Id.
<u>C97</u>	Lettre des Demanderesses à l'arbitre M. Alexis Mourre	2014-04-30	Id.
<u>C98</u>	Réponse de l'arbitre M. Alexis Mourre aux Demanderesses	2014-05-02	Id.
<u>C99</u>	<i>Pey v Chile - Proposition de corrections au brouillon d'OP 1 du 2014-04-29 - aux parties</i>	2014-05-06	Id.
<u>C100</u>	Lettre des Demanderesses au Tribunal arbitral de Resoumission	2014-05-06	Id.
<u>C101</u>	Compagnie d'Exploitation du Chemin de Fer Transgabonais (Demanderesse) c. La République Gabonaise (Défenderesse) Affaire CIRDI No. ARB/04/05 Décision du Comité ad hoc sur la Demande d'annulation de la République Gabonaise	2010-05-10	
<u>C102</u>	Projet d'Ordonnance de Procédure n° 2	2014-05-16	Procédure en resoumission
<u>C103</u>	EDF International SA, SAUR International SA and Leon Participaciones Argentinas SA v Argentine Republic (ICSID Case No ARB/03/23), Annulment Decision	2016-02-05	
<u>C104</u>	<u>Noussia (K.), Confidentiality in International Arbitration</u>, Springer, 2010, page 122	2010	
<u>C105</u>	Tidewater Inc et altri v. Venezuela, ICSID Case No ARB/10/5, Decision on Claimants' Proposal to Disqualify Professor Brigitte Stern, Arbitrator	2010-12-23	

<u>C106</u>	PCA Case No. AA442, <i>Merck Sharp & Dohme v. Ecuador</i>, Decision on Challenge to Arbitrator Judge Stephen M. Schwebel	2012-08-10	
<u>C107</u>	<i>Vivendi v Argentina</i> (II), Annulment Decision	2010-08-10	
<u>C108</u>	Arrêt de la Cour d'Appel de Santiago	1998-04-27	C-M14
<u>C109</u>	<i>Suez, Sociedad General de Aguas de Barcelona S.A. and Vivendi Universal S.A.</i>, ICSID Case No. ARB/03/19, Decision on Argentina's Application for Annulment	2017-05-05	
<u>C110</u> et <u>C110e</u>	Décision du 28ème Tribunal civil de Santiago ordonnant au Ministre des AA. EE. de produire les paiements effectués par l'État chilien à des membres des Essex Court Chambers depuis le 1^{er} janvier 2005 à ce jour	2017-07-24	
<u>C111</u>	<i>Alpha Projektholding GmbH v. Ukraine</i>, ICSID Case No. ARB/07/16, Decision on Respondent's Proposal to Disqualify Arbitrator Dr. Yoram Turbowicz	2010-03-19	
<u>C112</u>	Information publiée par Radio Universidad de Chile	2017-03-30	Id.
<u>C113</u>	Information publiée par le quotidien <u>La Razón</u> (Pérou)	2017-04-03	Id.
<u>C114</u>	Supreme Court, <i>Commonwealth Coatings Corp. v Continental Casualty Co.</i> (1968) 393 US 145	1968	Id.
<u>C115</u>	English Court of Appeal dans <i>AT&T Corporation and Lucent Technologies Incv Saudi CableCompany</i> [2000] EWCA Civ	2000	Id.
<u>C116</u>	Note manuscrite d'un agent de la PID (<i>Policia de Investigaciones</i>) du Chili remise en mains propres à M. Victor Pey Casado	2017-03-30	Id.
<u>C117</u>	Lettre du Chili au Centre	2016-12-16	Id.
<u>C118</u>	Proposition motivée de récusation des arbitres MM. Berman et V.V. Veeder novembre 2016	2016-11-22	Id.
<u>C119</u>	Décision du Président du Comité Administratif du CIRDI rejetant la récusation des arbitres MM. Berman et V.V. Veeder	2017-02-21	Id.
<u>C120</u>	<i>Fábrica de Vidrios c. Venezuela</i>, ICSID Case No. ARB/12/21, Decision on the Proposal to Disqualify L.Y. Fortier QC	2016-03-28	

<u>C121</u>	Conoco v. Venezuela, ICSID Case No. ARB/07/30, Decision on the Proposal to Disqualify L.Y. Fortier QC	2016-03-15	
<u>C122</u>	Vanessa Ventures Ltd. v. The Bolivar Republic of Venezuela, ICSID Case No. ARB(AF)/04/6, Decision on Jurisdiction	2008-08-22	Id.
<u>C123</u>	Suez v. Argentina II, Challenge Decision	2008-05-12	
<u>C124</u>	Rompetrol Group NV v. Romania, Challenge Decision of Counsel	2010-01-14	
<u>C125</u>	Lettre des Demanderesses à Mme. la Secrétaire Générale du CIRDI	2016-09-20	Id.
<u>C126</u>	Requête du 27 octobre 2016 en correction d'erreurs matérielles dans la Sentence arbitrale du 13 septembre 2016	2016-10-27	Id.
<u>C127</u>	Observations des Demanderesses aux commentaires des arbitres MM. Berman et Veeder et de l'État du Chili (sous support digital, compte tenu de son grand volume), accessible dans http://bit.ly/2IKWQCc (fr) et http://bit.ly/2ILliiT (es)	2017-01-13	Id.
<u>C128</u>	Empresas Lucchetti, S.A. y Lucchetti Perú, S.A. c. República del Perú (Caso CIADI No. ARB/03/4), Decisión sobre Anulación	2007-09-05	Id.
<u>C129</u>	Maritime International Nominees Establishment v Guinea (MINE), ICSID Case ARB/84/4, §6.40	2007-09-25	
<u>C130</u>	CMS Gas Transmission Company c. República Argentina (Case CIRDI No. ARB/01/8), Decision on annulment	2005-09-25	
<u>C131</u>	Hussein Nuaman Soufraki v. United Arab Emirates (Case ICSID No. ARB/02/7), Decision on Annulment	2007-06-05	
<u>C132</u>	Proposition des Demanderesses au Tribunal arbitral de Resoumission de <i>disclosure</i> des relations avec l'État Défendeur	2016-11-10	Procédure en resoumission
<u>C133</u>	Proposition des Demanderesses au Tribunal arbitral de Resoumission de <i>disclosure</i> des relations avec l'État Défendeur	2016-11-18	Id.
<u>C134</u>	Décision du Tribunal de Resoumission rejetant la <i>disclosure</i> sollicitée dans procédure en correction d'erreurs de la Sentence arbitrale du 13 septembre 2017	2016-11-21	Id.

<u>C135</u>	Proposition des Demanderesses au Tribunal arbitral de Resoumission de <i>disclosure</i> des relations avec l'État Défendeur	2017-06-09	Id.
<u>C136</u>	Décision du Tribunal de Resoumission, procédure en correction d'erreurs dans la Sentence arbitrale du 13 septembre 2017	2017-06-15	Id.
<u>C137</u>	Helleringer (G.)-Ayton (P.), <i>Bias, Vested Interests and Self-Deception in Judgment and Decision-Making: Challenges to Arbitrator Impartiality</i>, dans Cole (Tony), <u>The Roles of Psychology in International Arbitration</u>, International Arbitration Law Library, Volume 40, 2017, pages 22, 33, 34	2017	
<u>C138</u>	Réponse des autorités du Chili à un conseil de la Fondation « Président Allende »	2017-04-12	Procédure en resoumission
<u>C139</u>	<i>Fraport Ag Frankfurt Airport v. Philippines</i>, Decision on Application for Disqualification of Counsel	2008-09-18	
<u>C140</u>	<i>Helman International Hotels v Egypt</i>, Decision on jurisdiction	2005-10-17	
<u>C141</u>	Déclaration publique d'un Ministre du Gouvernement chilien	2016-09-18	Procédure en resoumission
<u>C142</u>	Article "<i>Defensa en La Haya costó 16 US\$ millones</i>", journal La Tercera (Santiago)	2013-06-22	Id.
<u>C143</u>	Arrêt de la Cour d'Appel de Santiago, N° Civil 4680-2012	2013-11-13	
<u>C144</u>	Communication du CIRDI relative à la nomination de Sir Franklin Berman en qualité d'arbitre	2013-12-23	Procédure en resoumission
<u>C145</u>	Sir Franklin Berman accepte la nomination en qualité d'arbitre	2014-01-13	Id.
<u>C146</u>	M. V.V. Veeder accepte la nomination en qualité d'arbitre	2014-01-31	Id.
<u>C147</u>	Arrêt de la Cour Suprême du Chili, Rol N° 13510-2013	2014-01-13	Id.
<u>C148</u>	Courriel de M. V.V. Veeder aux Demanderesses	2016-10-17	Id.
<u>C149</u>	Mourre (Alexis), <i>Conflicts Disclosures: The IBA Guidelines and Beyond</i>, in Stavros L. Brekoulakis, Julian D. M. Lew , et al.(eds), <u>The</u>	2016	Id.

	<u>Evolution and Future of International Arbitration</u>, KluwerLaw International 2016), Chapter 23, voir notamment les §§23.11, 23.21		
<u>C150</u>	<i>ICC clarifies when arbitrators should disclose potential conflicts of interest</i>	2016-02-24	Id
<u>C151</u>	Enregistrement de la requête en rectification d’erreurs matérielles contenues dans la Sentence arbitrale du 13 septembre 2016	2016-11-08	Procédure en resoumission
<u>C152</u>	<i>Tidewater v. Venezuela, decision on the proposal to disqualify prof. Brigitte Stern and prof. Guido Santiago Tawil</i>	2011-05-20	
<u>C153</u>	Daele (Karel), <i>Challenge and Disqualification of Arbitrators in International Arbitration</i>	2012	
<u>C154</u>	<i>Suez, Sociedad General de Aguas de Barcelona SA and Vivendi Universal SA v The Argentine Republic</i>, ICSID Case No ARB/03/19, Decision on the Proposal for the Disqualification of a Member of the Arbitral Tribunal	2007-10-22	Procédure en resoumission
<u>C155</u>	CIJ, <i>Affaire Relative à l’application de la Convention Internationale sur l’élimination de toutes les formes de discrimination raciale</i> (Géorgie c. Fédération de Russie)	2011-04-01	
<u>C156</u>	Crawford (James), <i>Challenges to Arbitrators in ICSID Arbitration</i>, Oxford Scholarship Online, January 2016, pages 7-8	2016	Procédure en resoumission
<u>C157</u>	<i>Hrvatska Elektroprivreda DD v The Republic of Slovenia</i>, ICSID Case No ARB/05/24, Order Concerning the Participation of a Counsel	2008-05-06	Id.
<u>C158</u>	Proposition motive de récusation de M. V.V. Veeder, Q.C.	2017-02-23	Id.
<u>C159</u>	Proposition motive de récusation de M. V.V. Veeder, Q.C.	2017-02-28	Id.
<u>C160</u>	Lettre de Sir Franklin Berman au CIRDI	2017-03-01	Id.
<u>C161</u>	Proposition motivée de récusation de Sir Franklin Berman, en français (original) et espagnol	2017-03-04	Id.
<u>C162</u>	Lettre des Demanderesses au CIRDI relative à l’absence de participation de M. Berman dans la procédure de récusation de M. Veeder	2017-03-11	Id.

<u>C163</u>	Commentaires des Demanderesses au CIRDI relative aux Observations de M. Veeder du 6 mars 2017 et au silence de M. Berman	2017-03-21	Id.
<u>C164</u>	Observations des Demanderesses aux Observations de l'État du Chili du 21 mars 2016 relatives à la récusation de M. Veeder	2017-03-24	Id.
<u>C165</u>	Décision du Président du Conseil administratif du CIRDI	2017-04-13	Id.
<u>C166</u>	Affaire <i>Vannessa Ventures Ltd. c. Venezuela</i>, ICSID Case No. ARB(AF)/04/6, transcription des audiences	2007-05-06	Id.
<u>C167</u>	Réponse de M. V.V. Veeder, Q.C., à la proposition de récusation du 22-11-2016	2016-12-11	Id.
<u>C168</u>	Affaire <i>Vannessa Ventures Ltd. c. Venezuela</i>, ICSID Case No. ARB(AF)/04/6, Venezuela's letter on the attendance of Christopher Greenwood to the hearing	2007-05-03	Id.
<u>C169</u>	Affaire <i>Vannessa Ventures Ltd. c. Venezuela</i>, ICSID Case No. ARB(AF)/04/6 ICSID Letter re Declarations of Arbitrators V.V. Veeder et Charles Brower	2007-04-27	Id.
<u>C170</u>	Affaire <i>Vannessa Ventures Ltd. c. Venezuela</i>, ICSID Case No. ARB(AF)/04/6, ICSID letter on the attendance of Mr. Christopher Greenwood to the hearing	2007-05-04	Id.
<u>C171</u>	Affaire <i>Vannessa Ventures Ltd. c. Venezuela</i>, ICSID Case No. ARB(AF)/04/6, ICSID Letter re Suspension of Proceedings	2007-05-11	Id.
<u>C172</u>	Affaire <i>Vannessa Ventures Ltd. c. Venezuela</i>, ICSID Case No. ARB(AF)/04/6, Decision on Jurisdiction	2008-08-22	Id.
<u>C173</u>	Observations de M. Veeder à la proposition de récusation du 23-02-2017	2017-03-06	Id.
<u>C174</u>	Observations du Chili à la proposition de récusation de MM. Veeder et Berman des 23 février et 4 mars 2017	2017-03-21	Id.
<u>C174bis</u>	Lettre des Demanderesses à l'État du Chili et aux arbitres MM. Berman et Veeder	2016-10-13	Id.
<u>C175</u>	Communication du Centre aux parties	2017-03-01	Id.

<u>C176</u>	CIJ, Effect of Awards of Compensation Made by the UN Administrative Tribunal Advisory Opinion	1954-07-13	Id.
<u>C177</u>	<i>Affaire Laguna del Desierto Arbitration (Argentina v. Chile), Sentence arbitrale</i>	1994-10-21	Id.
<u>C178</u>	Lowe (Vaughan), Res Judicata and the Rule of Law in International Arbitration	1996	
<u>C179</u>	De Visscher, <i>La chose jugée devant la Cour Internationale de La Haye</i>	1965	
<u>C180</u>	Décision n° 43 du Ministère des Biens Nationaux du Chili	2000-04-28	Procédure en resoumission
<u>C181</u>	Le Ministre des AA.EE. du Chili ne permet pas que la résolution du 28^{ème} Tribunal civil de Santiago du 24 juillet 2017 lui soit notifiée en mains propres	2017-08-09	
<u>C182</u>	Le Ministre des AA.EE. du Chili ne permet pas que la résolution du 28^{ème} Tribunal civil de Santiago du 24 juillet 2017 lui soit notifiée en mains propres	2017-08-11	
<u>C183</u>	History of the ICSID Convention, Vol. II, pages 851-852, 992-991	1968	
<u>C184</u>	Demande de mesures préjudicielles formulée par la Fondation « Président Allende » auprès des juridictions chiliennes	2017-06-27	
<u>C185</u>	<i>Biwater Gauff v. Tanzania</i>, ICSID Case No. ARB/05/22, Procedural order n°. 2	2006-05-24	
<u>C186</u>	Arrêt de la Cour Suprême du Chili du 17 mai 2000, affaire de la Société des Presses <i>Horizonte</i> Ltée	2000-05-17	Procédure en resoumission, CM15
<u>C187</u>	Arrêt de la Cour Suprême du Chili du 17 mai 2000, affaire de la Société Ltée propriétaire du journal <i>Color</i>	2000-06-21	Id, CRM62
<u>C188</u>	Otero (Miguel) <u><i>La nulidad procesal en derecho público en general. Fundamentos constitucionales</i></u>, pages 287 et suivantes	2009	Procédure en resoumission, CRM62
<u>C189</u>	Arrêt de la Cour Suprême	1997-11-13	Id., C-M29
<u>C190e</u> et <u>C190f</u>	Sentence de la 1^{ère} Chambre Civile de Concepción	1998-12-03	Id., C-M12

<u>C191</u>	Procès-verbal de l'audience auprès du 28^{ème} Tribunal civil de Santiago. Le Ministre des AA.EE. n'obéit pas l'ordre du Juge de produire les paiements versés à des membres des Essex Court Chambers	2017-09-05	Procédure en resoumission
<u>C192</u>	Hanotiau (B.), <i>The res iudicata effect of Arbitral Awards</i>	2003	
<u>C193</u>	Loi n° 19.568, portant restitution ou indemnisation pour les biens confisqués en application du Décret-loi n° 77 de 1973	1998-06-25	Procédure en resoumission
<u>C194</u>	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	2005-09-19	Procédure initiale (pièce C268) et en resoumission (pièce C-M00).
C195	Teitel (Ruti G.) : <i>Transitional Justice</i>, Oxford, Oxford Univ. Press, p. 138	2000	
<u>C196</u>	Amco I Decision on Annulment	1986-05-16	
<u>C197</u>	Cour de Cassation, France, affaire <i>Société Columbus acquisitions INC et la société Columbus Holdings France</i>, Arrêt	2015-12-16	
<u>C198</u>	Les Demanderesses sollicitent au Secrétariat du CIRDI l'accès à 5 pièces de l'affaire Vanessa	2017-03-13	Procédure de Resoumission
<u>C199</u> <u>C199e</u>	Interpellation parlementaire au Ministre des Affaires Étrangères du Chili relative à l'arbitrage du CIRDI dans l'affaire Pey Casado et Fondation Président Allende	2017-09-20	
<u>C200</u>	Audiences, transcription en anglais	2015-04-16	Procédure de Resoumission
<u>C201</u>	Décision du 2^{ème} Tribunal arbitral en rectification d'erreurs matérielles dans la 2^{ème} Sentence arbitrale du 13 septembre 2016	2017-10-06	Procédure de Resoumission
<u>C202</u>	<i>Içkale İnşaat Limited Şirketi v. Turkmenistan</i> (ICSID Case No. Arb/10/24), Decision on claimant's request for supplementary decision and rectification of the award	2016-10-04	
<u>C203</u>	<i>Emilio Agustín Maffezini v. The Kingdom of Spain</i>, ICSID Case No. ARB/97/7, Rectification of the Award	2001-01-31	
<u>C204</u>	<i>Noble Ventures, Inc. v. Romania</i>, ICSID Case No. ARB/01/11, ICSID Case No. ARB/01/11, Rectification of the Award	2006-05-19	

<u>C205</u>	<i>Philips Morris v. Uruguay</i>, ICSID Case No. ARB/10/7, Decision on Rectification	2016-09-26	
<u>C206</u>	Mémoire en réponse des Demanderesses	2010-10-15	Procédure en annulation de la Sentence du 8 mai 2008
<u>C207</u>	Duplique des parties Demanderesses	2011-02-28	Id.