

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

**VICTOR PEY CASADO ET FONDATION PRÉSIDENT ALLENDE
CONTRE LA RÉPUBLIQUE DU CHILI**

Affaire N° ARB/98/2

**RÉPLIQUE AU *COUNTER-MEMORIAL* DE LA
PARTIE DÉFENDERESSE**

Que les parties Demanderesses soumettent au Comité *ad hoc* conformément à l'article n° 52 de la Convention de Washington et aux Règles d'arbitrage nos. 52, 53, 31 ainsi qu'à l'Ordonnance de procédure N° 1 du 7 mars 2018 (§14.1) et l'Ordonnance de procédure N° 2 du 30 août 2018 (§28).

Présentée par le Dr Juan E. Garcés (Garcés y Prada, Abogados, Madrid), représentant des Demanderesses, avec la coopération du Professeur Robert L. Howse (New York University) et des conseils Me. Carole Malinvaud et Me. Alexandra Muñoz (Gide, Loyrette, Nouel, Paris), Hernan Garcés Duran (Garcés y Prada, Abogados, Madrid) et Mr. Toby Cadman (Guernica 37 Chambers, Londres).

Madrid/Washington, le 9 novembre 2018

Table de matières

1.	INTRODUCTION.....	5
2.	LA SR A REJETÉ IN <i>LIMINE LITIS</i> TOUTES LES DEMANDES ET QUESTIONS SOUMISES PAR LES DEMANDERESSES POSTÉRIEURES AU 3 NOVEMBRE 1997	8
3.	DÉFAUT DE MOTIFS DANS LE REJET DE LA DEMANDE DE RESTITUTION DES DOMMAGES CONSÉCUTIFS À LA DÉFENSE DE L'INVESTISSEMENT ET DU DROIT À L'ACCÈS À L'ARBITRAGE	9
3.1	LA DEMANDE DE <i>RESTITUTIO IN INTEGRUM</i> POUR LES DOMMAGES CONSECUTIFS A LA DEFENSE DE L'INVESTISSEMENT ET DU DROIT A L'ARBITRAGE DEVANT LE CIRDI.....	11
3.2	LA DEMANDE DE RESTITUTION DES DOMMAGES CONSECUTIFS A ETE REJETEE SANS MOTIVATION	13
3.3	L'INFRACTION AUX ARTICLES 42(1) ET 48(3) DE LA CONVENTION DU CIRDI ENTRAINE L'ANNULATION DE LA SENTENCE	17
4.	EXCÈS DE POUVOIR. LA SR A REFUSÉ D'APPLIQUER LES ARTICLES 2(2) ET 10(1) DE L'API ET D'EXERCER SA COMPÉTENCE SUR LES QUESTIONS RELATIVES AU MONTANT DE L'INDEMNISATION POUR LES INFRACTIONS À L'API DU 28 AVRIL 2000 ET 2000.....	19
4.1	L'INAPPLICATION ABSOLUE DES ARTICLE 2(2) ET 10(4) DE L'API, DE L'ARTICLE 42(1) DE LA CONVENTION, DE LA <i>RES IUDICATA</i> DE LA SI ET DE LA DECISION DU 1 ^{ER} COMITE <i>AD HOC</i> RELATIVE A LA COMPETENCE <i>RATIONE TEMPORIS</i> DU TRIBUNAL ARBITRAL.....	35
4.2	L'INAPPLICATION ABSOLUE DES ARTICLES 10(1) ET 10(4) DE L'API, DE L'ARTICLE 42(1) DE LA CONVENTION ET DE LA <i>RES IUDICATA</i> DE LA SI ET DE LA DECISION DU 1 ^{ER} COMITE <i>AD HOC</i> RELATIVE A LA COMPETENCE <i>RATIONE MATERIAE</i> DU TRIBUNAL ARBITRAL.....	41
4.3	LE TR A COMMIS UN DENI DE JUSTICE EN N'EXERÇANT PAS SA COMPETENCE : UN EXCES DE POUVOIR MANIFESTE	49
5.	LA SR A CONSIDÉRÉ L'ENSEMBLE DES DEMANDES DES DEMANDERESSES IRRECEVABLE. UNE INOBSERVATION GRAVE À DES RÈGLES FONDAMENTALES DE LA PROCÉDURE, UN EXCÈS DE POUVOIR MANIFESTE ET UNE MOTIVATION CONTRADICTOIRE.....	56
5.1	« ONE OF THE CORE PARAGRAPHS IN THE 2016 AWARD », LE §198 DE LA SR...58	
5.1.1	LA SR EST FONDEE SUR L'ATTRIBUTION AUX DEMANDERESSES DE « CONCLUSIONS » INEXISTANTES	61
5.1.2	LE §198 A OUVERTEMENT CONTRARIE LA SENTENCE INITIALE	63
5.1.3	L'ÉTAT DU CHILI A FAIT OBJECTION A LA SUPPRESSION DE L'ENTIER §198 SOLLICITEE DANS LA PROCEDURE EN CORRECTION D'ERREURS CONTENUES DANS LA SI.....	66
5.1.4	LE §198 PRESENTE DES CONTRADICTIONS INTERNES IRRECONCILIABLES	68
5.1.5	LE §198 EST LE FONDEMENT D'AUTRES FONDEMENTS DECISIFS ET DU DISPOSITIF DE LA SR.....	71
5.2	LA SR A BRISÉ LA <i>RATIO DECIDENDI</i> DE LA SENTENCE INITIALE	76

5.3	CONTRADICTIONS ET DEFAUT DE MOTIFS ENTRE LA <i>PRESCRIPTIVE RATIO DECIDENDI</i> DU §216 ET LE DISPOSITIF	80
5.4	L'INOBSERVATION GRAVE D'UNE REGLE FONDAMENTALE DE PROCEDURE ET L'ABSENCE DE MOTIFS DE LA DECISION RELATIVE A LA COMPETENCE <i>RATIONE TEMPORIS</i> DU TR CONSTITUENT LE FONDEMENT DES POINTS 2 A 7 DE LA SR	82
5.5	LA SI A TRANCHE ET LE 1 ^{ER} COMITE <i>AD HOC</i> A CONFIRME QUE LES DEMANDERESSES ONT PROUVE LE PREJUDICE CAUSE PAR LA VIOLATION DE L'ARTICLE 4 DE L'API. LA SR A ENFREINT LA <i>RES IUDICATA</i>	89
5.6	EN CAS DE CONTRARIETE, LA <i>RES IUDICATA</i> DE LA SENTENCE INITIALE DE 2008 PREVAUDRAIT SUR D'EVENTUELLES CONCLUSIONS OPPOSEES FIGURANT DANS CELLE DE 2016.....	102
6.	DES CONTRADICTIONS INTERNES MANIFESTES DE LA SR LA RENDANT NULLE. DÉFAUT DE MOTIFS.	113
7.	LE TRAITEMENT DES ÉLÉMENTS DE PREUVE PAR LE TRIBUNAL DE RESOUMISSION OUVRE DROIT A ANNULATION DE LA SENTENCE	119
7.1	LE REJET PAR LE TRIBUNAL DES ARGUMENTS ET PIECES RELATIFS A L'EVALUATION DU PREJUDICE SUBI PAR LES DEMANDERESSES CONSTITUE UN EXCES DE POUVOIR MANIFESTE.....	119
7.2	LA DECISION DU TRIBUNAL SELON LAQUELLE LES DEMANDERESSES N'ONT PAS SATISFAIT A LA CHARGE DE LA PREUVE QUI LEUR INCOMBAIT JUSTIFIE L'ANNULATION DE LA SENTENCE.....	125
7.2.1	LA DECISION DU TRIBUNAL SELON LAQUELLE LES DEMANDERESSES N'ONT PAS SATISFAIT A LA CHARGE DE LA PREUVE QUI LEUR INCOMBAIT EST ATTEINTE D'UN DEFAUT DE MOTIFS	125
7.2.2	LA DECISION DU TRIBUNAL SELON LAQUELLE LES DEMANDERESSES N'ONT PAS SATISFAIT A LA CHARGE DE LA PREUVE QUI LEUR INCOMBAIT CONSTITUE UNE INOBSERVATION GRAVE D'UNE REGLE DE PROCEDURE FONDAMENTALE.....	131
8.	LA SR A IMPOSÉ À MME. PEY LA QUALITÉ DE REPRÉSENTANTE DE M. PEY CONTRE LA VOLONTÉ DES INTÉRESSÉS, A REFUSÉ SANS MOTIVATION LE <i>IUS STANDI</i> INHÉRENT À LA PROPRIÉTÉ DE 10% DES ACTIONS DE CPP S.A. ET À INOBSERVÉ UNE RÈGLE FONDAMENTALE DE PROCÉDURE	138
9.	MOTIFS D'ANNULATION RELATIFS À LA COMPOSITION DU TR	150
9.1	SUR LA NOMINATION DE M. MOURRE PAR LA DEFENDERESSE	150
9.1.1	LA NOMINATION DE M. MOURRE PAR L'ÉTAT DEFENDEUR EST A L'ORIGINE D'UN VICE DANS LA CONSTITUTION DU TRIBUNAL DE RESOUMISSION.....	151
9.1.2	LE REFUS DU TRIBUNAL DE REAGIR A LA NOMINATION DE M. MOURRE PAR LA DEFENDERESSE CONSTITUE UN EXCES DE POUVOIR MANIFESTE	159
9.1.3	LE FAIT D'AVOIR IMPOSE AUX DEMANDERESSES LE RECOURS A LA PROCEDURE DE L'ARTICLE 57 DE LA CONVENTION CONSTITUE L'INOBSERVATION GRAVE D'UNE REGLE DE PROCEDURE FONDAMENTALE.	163
9.2	SUR LES LIENS NON REVELES ENTRE DES MEMBRES DES ESSEX COURT CHAMBERS ET LA DEFENDERESSE	164
9.2.1	SUR LA COMPETENCE DU PRESENT COMITE <i>AD HOC</i> POUR CONNAITRE DU CONFLIT OBJECTIF APPARENT D'INTERETS ENTRE L'ÉTAT DU CHILI ET MM. BERMAN ET VEEDER.....	165

9.2.2	LA DECISION DU PRESIDENT DU CONSEIL ADMINISTRATIF DU 21 FEVRIER 2017 EST MANIFESTEMENT INTENABLE ET DERAISONNABLE	169
9.2.3	L'EXISTENCE D'ELEMENTS NOUVEAUX JUSTIFIE QUE LE COMITE <i>AD HOC</i> APPRECIE <i>DE NOVO</i> LES DOUTES SUR L'INDEPENDANCE ET L'IMPARTIALITE DE MM. BERMAN ET VEEDER	176
9.2.4	LE DOUTE RAISONNABLE SUR L'INDEPENDANCE ET L'IMPARTIALITE DE MM. BERMAN ET VEEDER.....	177
10.	LES CONCLUSIONS DES DEMANDERESSES EN DÉFENSE DE L'INTÉGRITÉ ET DE L'ÉQUITÉ DE LA PROCÉDURE LORS DE L'INCIDENT SURVENU LES 12, 15 ET 16 FÉVRIER 2018 ONT ÉTÉ CONFIRMÉES.....	197
11.	LE <i>COUNTER-MEMORIAL</i> CONFIRME LE DESSEIN CONTINU DE L'ÉTAT DU CHILI D'EMPÊCHER L'ACCÈS DES INVESTISSEURS-DEMANDEURS À L'ARBITRAGE INTERNATIONAL	201
12.	FRAIS ET COÛTS DE LA PROCÉDURE	204
13.	POUR CES MOTIFS,.....	205
	PLAISE AU COMITÉ <i>AD HOC</i>	205

1. INTRODUCTION

1. Les faits, les allégations et les conclusions contenues dans la Demande et le Mémoire en annulation de la Sentence de Resoumission du 13 septembre 2016 (ci-après « SR ») sont réitérés dans la présente Réplique, sauf indication du contraire. Leur non répétition ne signifie pas un changement ou leur abandon, contrairement à ce que prétend la Défenderesse¹, qui, en même temps, se plaint de leur occasionnelle réitération.²
2. La présente Réplique se concentrera sur des points que l'État Défendeur a soulevé dans son *Counter-Memorial* de manière explicite ou implicite.
3. Les Demanderesses ne répondront cependant pas à l'ensemble des contre-vérités ou contre-sens présentés dans le *Counter-Memorial* concernant la Sentence initiale du 8 mai 2008 (ci-après « la SI »), ou la Décision du 1^{er} Comité *ad hoc* ou encore leurs écritures³, voire de la Sentence en Resoumission⁴ (ci-après « la SR ») qui rendent pratiquement impossible le dialogue, telle est la manipulation du sens littéral et

¹ Voir par exemple dans le §326 et la nbp 930 du **Counter-Memorial** : « Claimants ...arguments ...have changed over time ... in their Annulment Request, Claimants had invoked... In their Annulment Memorial, however, Claimants abandon these arguments.”

² **Ibid.**, nbp 931 : “repetition fallacy ...because familiarity is not easily distinguished from truth, frequent repetition is [a] reliable way to make people believe in falsehoods.”

³ **Ibid.**, un exemple: selon le §358 et la nbp 1022, ce que la Défenderesse décrit comme « *Claimants' own argument that the issuance of Decision No.43 had somehow prevented them from obtaining compensation for the expropriation of El Clarín*” serait, bien au contraire, l'enchaînement cité par la Défenderesse elle-même dans “See **Ex. RA-0055**, Claimants' Resubmission Memorial, ¶ 334 (arguing that Decision 43 ‘constituait l'un des moyens imaginés par la République du Chili pour frustrer la procédure d'arbitrage *en niant la pleine et entière propriété des Demanderesses vis-à-vis de l'État existant après leur réclamation du 6 septembre 1995 et échapper, ainsi, à la condamnation d'un tribunal arbitral international*”). La manipulation des faits essentiels est présente tout au long du *Counter-Memorial* : les §§46-50 omettent que le fondement des réclamations de M. Pey au Gouvernement entre le 6 septembre 1995 et la date de son recours à l'arbitrage était la nullité de droit public du décret 165 de 1973 ; le §54 omet que le fondement de la Requête initiale du 3 novembre 1997 étaient des actes commis par l'État après le 6 septembre 1995 ; le §60 omet que la cause de la démission du 1^{er} arbitre nommé par l'État a été l'occultation du fait qu'il était chilien *iure soli et iure sanguinis* ; le §62 omet que dans la communication du 24 juin 1999 au Ministre des Biens Nationaux les Demanderesses lui ont fait part du Jugement du 29 mai 1995 leur reconnaissant la propriété de 100% des titres de CPP S.A. ; le §66 omet que les Demanderesses ont fondé leur réclamation initiale sur le fait illicite "continu" de la nullité de droit public, *ab initio*, du Décret n° 165 ; le §70(c) omet que le CIRDI avait notifié depuis le 3 novembre 1997 à l'État du Chili la demande d'arbitrage concernant les biens et les droits des investisseurs sur CPP S.A.; le §82 omet que tous les Décrets confiscatoires édictés en vertu du Décret-loi n° 77 de 1973 ont été considérés nuls *ab initio* par les tribunaux du Chili depuis la fin de la dictature militaire ; les §§85 et 120 omettent que les Demanderesses ont soutenu que le déni de justice commis dans la procédure interne soumis à l'arbitrage en 2002 est incompatible avec le *fork in the road*, comme en atteste la SI elle-même (§642) ; les §§88, 183, 289, entre autres, citent des phrases des Demanderesses hors contexte, manipulées (nbp 453) ou truquées (nbp 454, 455); le §89 omet que la SI (§§665-674) affirme que la Loi de 1998 a créée des droits sur la base de la reconnaissance de l'illégalité des confiscations sous la dictature militaire, et que l'État a reconnu devant le TI en 2003 l'invalidité de la confiscation de CPP SA et le devoir d'indemniser les propriétaires ; ... et ainsi poursuit le *Counter-Memorial* jusqu'à sa dernière page

⁴ Voir par exemple dans les §§370-374 du *Counter-Memorial* la présentation tortueuse du §216 de la SR et l'analyse que de ce dernier comme fondement du Dispositif font les Demanderesses, et la réplique dans la section 5.2 *infra*, §85 et ss

contextuel de la plus grande partie des textes des Demanderesses, de la SI, de la Décision du 1^{er} Comité *ad hoc*, ou même de la SR, cités par l'État du Chili...

4. Les manipulations des écritures, des raisonnements et des conclusions ne sont qu'une énième réitération des allégations soulevées par l'État Défendeur entre 2008 et 2012 au soutien de l'annulation de la totalité de la SI, allégations pour l'essentiel rejetées par le 1^{er} Comité *ad hoc* après une analyse approfondie de l'ensemble des écritures des parties. Le présent Comité *ad hoc* est très respectueusement invité à lire les écritures du Défendeur dans la procédure en annulation de la SI et plus particulièrement le *Memorial*⁵ et le *Reply*⁶ on Annulment de 2010, et à retrouver ensuite dans le *Counter-Memorial* de 2018 -au soutien explicite ou implicite des fondements des points 1 à 6 de Dispositif de la SR de 2016- les arguments qui avaient été rejetés par le 1^{er} Comité *ad hoc*.
5. Pour ne citer qu'un exemple parmi de très nombreux : aux §§498-506 de la section V.G(1) de la *Reply on Annulment* de 2010 la République du Chili avait soutenu l'annulation de la SI au motif que, selon lui, *The Tribunal Failed To Explain How Decision 43 Could Have Discriminated Against Mr. Pey Given That He Voluntarily Chose Not To Participate In The Relevant Administrative Proceeding*.

Alors que le Tribunal initial (ci-après « le TI ») et puis le 1^{er} Comité *ad hoc* avaient expressément rejeté cette prétention⁷, le Chili l'a toutefois plaidée -cette troisième fois *contra rem iudicatam*- devant le Tribunal en Ressoumission (ci-après « TR»), qui a admis le bien-fondé de cet argumentaire dans la SR malgré les avertissements des Demanderesses sur l'autorité de la chose jugée:

« 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

⁵ **Pièce C294**, Chile's Memorial on Annulment du 10 juin 2010, v. en particulier la section III.C.(d) The Tribunal Improperly Allocated the Burden of Proof on The Issue of Damages (§§365-370); la section IV.B.(2)(d) The Tribunal Improperly Asserted Jurisdiction over a Dispute Involving an Investment That No Longer Existed at the Time of the BIT's Entry Into Force or at the Time of the State Acts that Gave Rise to Responsibility (§§560-566); la section IV.B.(3)(a) et (b), Improper Assertion of Jurisdiction Over the Alleged Denial of Justice Claim, et Improper Assertion of Jurisdiction Over the Alleged Discrimination Claim Concerning Decision 43 (§§573-581)

⁶ **Pièce C269**, Chile's Reply on Annulment du 22 décembre 2010, v. en particulier la section III.D.(2)(b) et (c), "The Tribunal Improperly Allocated The Burden Of Proof On The Two Merits "Claims" For Which The Tribunal Found Chile Responsible" (§§234-234); "On The Issue Of Damages" (§§235-239); section IV.E, "The Tribunal Failed To Apply Article 1(2) Of The BIT Or Article 25 To, And Improperly Asserted Jurisdiction Ratione Materiae Over, The Alleged 'Investment' By Co-Claimant ..." (§§411-414) – allégués contre le *ius standi* de Mme. Pey Grebe et acceptés tacitement dans la SR; dans la lettre "F, The Tribunal Failed To Apply BIT Articles 1(2) And 2(2) And Improperly Asserted Jurisdiction Over A Dispute Involving An Alleged Investment That No Longer Existed At The Time The BIT Entered Into Force Or At the Time Of The State Acts That Gave Rise To Responsibility" (§§415-422); section V.E.(3), "The Tribunal Failed To State Reasons For Asserting Jurisdiction Even Though The Claimed Investment Was Wholly Extinguished More Than Twenty Years Prior To The BIT's Entry Into Force, And Therefore There Was No 'Existing Investment' Either At That Time Or At the Time Of The Relevant State Acts" (§§485-489); la section G(1), "The Tribunal Failed To Explain How Decision 43 Could Have Discriminated Against Mr. Pey Given That He Voluntarily Chose Not To Participate In The Relevant Administrative Proceeding" (§§498-506)

⁷ **Pièce C20**, Décision du 1^{er} Comité *ad hoc*, §§176, 184-194 ; 209-211, 215-218

bénéficier d'un processus d'indemnisation auquel elles avaient délibérément et explicitement choisi de ne pas participer (...) si les Demanderesses pouvaient être présumées avoir subi quelque dommage, la cause immédiate du dommage était constituée par leurs propres actes, rompant ainsi le lien de causalité exigé pour l'octroi d'une compensation financière sur le fondement du projet d'Articles 31 et 36 de la CDI. Le Tribunal estime que les arguments avancés par la Défenderesse sont parfaitement fondés. »⁸ (Soulignement ajouté)

Les membres du présent Comité *ad hoc* retrouveront également dans les écritures du Défendeur (§63, 69, 191 du *Counter-Memorial* de 2018) la prétention, pourtant rejetée par deux fois, en 2008 par le TI, puis en 2012 par le 1^{er} Comité *ad hoc* selon laquelle :

*There also was a similarly imaginative theory — involving an alleged free-standing right under Chilean law to compensation for the expropriation of El Clarín⁵¹⁰ — which was designed to attempt to connect the request for expropriation damages to Decision 43. This second theory rested in part upon the notion that, but for Decision 43, Mr. Pey and the Foundation would have been compensated for the expropriation of El Clarín.⁵¹¹*⁹

En réalité, voilà ce qu'indiquaient les Demanderesses à propos de la Décision 43 aux §§335-336 de la Réplique du 9 janvier 2015:

On soulignera également, comme exposé dans le Mémoire en Demande³⁵⁷, que l'obligation de l'État du Chili était une obligation de réparation intégrale, et l'évaluation établie par le Ministre des Biens Nationaux dans le cadre de la Décision n°43 n'a aucune pertinence dans la détermination de son montant. (...) En outre, comme cela a déjà été démontré, cette Décision n°43 est le résultat d'une stratégie consciencieusement élaborée par la Défenderesse afin de s'opposer à la compétence du Tribunal arbitral initial et fût adoptée, in extremis, l'avant-veille des audiences finales sur sa compétence afin de démontrer que les investisseurs n'étaient pas les propriétaires légitimes de CPP S.A. et EPC Ltée.¹⁰ (Soulignement ajouté)

6. Les manipulations de cette sorte émaillent à tel point le *Counter-Memorial*, sans pour autant suivre une méthode claire permettant d'identifier les éléments de manière systématique et précise, comme ont pu le faire les Demanderesses lors de la réponse du 2 février 2018 au présent Comité *ad hoc*¹¹ ou en prévision de l'audience du 16 février 2018¹², que les Demanderesses sont contraintes de faire objection à toutes les affirmations et prétentions présentées par la République du Chili qui n'auraient pas été expressément identifiées et acceptées par elles.

**

⁸ Pièce C9, SR, §§232-233

⁹ [511. See **Ex. RA-0140**, Claimants' Resubmission Reply, ¶ 334]

¹⁰ Pièce C40, Réplique des Demanderesses du 9 janvier 2015

¹¹ Voir dans la **pièce C214**, Échantillon des inexactitudes contenues dans la réponse du Chili du 19-01-2018, communiqué par les Demanderesses le 2 février 2018

¹² Voir la Demande en défense de l'intégrité et de l'équité de la procédure soumise le 27 avril 2018 par les Demanderesses

2. **LA SR A REJETÉ IN *LIMINE LITIS* TOUTES LES DEMANDES ET QUESTIONS SOUMISES PAR LES DEMANDERESSES POSTÉRIEURES AU 3 NOVEMBRE 1997**

7. En illustrant la signification de la locution « *in limine litis* »¹³, le *Counter-Memorial* ne mentionne nulle part que c'est le Tribunal de Resoumission lui-même qui l'invoque explicitement dans les fondements¹⁴ du Dispositif de la SR, et implicitement tout au long de celle-ci, dans les termes suivants :

“la demande au titre du dommage causé par la conduite de la Défenderesse dans la procédure arbitrale doit également être rejetée in limine litis, pour les raisons énoncées au paragraphe 216 ci-dessus ». [Soulignement ajouté]

Le §216 énonce

« le champ de compétence de ce Tribunal, qui (comme cela a déjà été indiqué) est limité(...) exclusivement au « différend » ou aux parties de celui-ci qui demeurent après l'annulation. Ces termes ne peuvent être interprétés que comme une référence au « différend » qui avait été initialement soumis à l'arbitrage, différend pour lequel la date critique était la requête d'arbitrage initiale des Demanderesses. Les questions qui ont surgi entre les Parties après cette date [le 3 novembre 1997] – et a fortiori les questions découlant d'une conduite postérieure à la Sentence – ne peuvent pas, même avec un gros effort d'imagination, entrer dans le champ de la procédure de nouvel examen ». [Soulignement ajouté]

Or toutes les demandes, toutes les questions soumises par les Demanderesses portant sur la *restitutio in integrum* des dommages causés par les violations de l'article 4 de l'API ont surgi entre les parties après le 28 avril 2000 (la Décision 43). Dès lors, comme il sera étayé dans la section 5 *infra*, le §216, pilier du raisonnement du TR, n'est autre que le fondement intrinsèque et profond de la SR, dont l'aboutissement ne pouvait être que le rejet des demandes d'indemnisation des Demanderesses, ce à quoi est parvenu la SR au travers un raisonnement de substitution (y compris *in limine litis* selon ses dires), qui souffre de nombreuses lacunes et incohérences qui doivent conduire à son annulation.

Il s'agit en effet, et plus encore dans les circonstances de l'espèce -notamment l'autorité de la chose jugée du corps de la SI et de la Décision du 1^{er} Comité *ad hoc* - d'un excès de pouvoir manifeste (notamment le manque d'exercice de sa compétence par le TR et l'absence totale d'application de la loi applicable), d'un manquement à une règle fondamentale de procédure (dont le biais du TR), d'un défaut de motifs (ceux alléguées dans la SR sont insoutenables compte tenu, en particulier, de l'autorité de la chose jugée de la SI et de la Décision du 1^{er} Comité *ad hoc*) tel que

¹³ Voir les §§188, 272, 342-345, 348, 387 du *Counter-Memorial*

¹⁴ **Pièce C9f**, SR, §243, version anglaise : « *the claim to damage caused by the Respondent's conduct in the arbitral proceedings must also fall in limine, for the reasons given in paragraph 216 above.* »

cela a été exposé dans le Mémoire en annulation du 27 avril 2018 des Demanderesses.

3. DÉFAUT DE MOTIFS DANS LE REJET DE LA DEMANDE DE RESTITUTION DES DOMMAGES CONSÉCUTIFS À LA DÉFENSE DE L'INVESTISSEMENT ET DU DROIT À L'ACCÈS À L'ARBITRAGE

8. La Requête en annulation du 10 octobre 2017¹⁵ et le Mémoire du 27 avril 2018¹⁶ ont indiqué que la SR est empreinte d'un défaut de motifs. Le contenu du *Counter-Memorial* contient des éléments permettant de développer par la suite les raisons et les arguments ci-après à l'appui de ce motif d'annulation de la SI.

Dans l'affaire *Klöckner II* le comité a conclu

*It is ... necessary for the applicant to indicate further the reasons justifying the existence of each annulment ground as specified in Article 52(1) of the Convention in its Memorial. And these reasons must be susceptible to be linked to the annulment grounds invoked in the application. But no provision of the Convention or the Rules requests that these reasons be explained in the application. Both the Convention and the Rules speak only of 'grounds', and not of 'reasons' justifying their existence.*¹⁷

Dans l'affaire *Soufraki c. UAE* le comité *ad hoc* a considéré que

*... because of the existence of strict time limits in the ICSID Convention, a new ground for annulment cannot in principle be admitted in the course of the proceedings, while of course new arguments fleshing out grounds already admitted can be developed.*¹⁸

Dans l'affaire *Togo Electricité et altri v. Togo* le comité *ad hoc* a adopté un interprétation selon laquelle dans l'application de l'article 50(1)(c) du Règlement

*"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 (...))"*¹⁹

et

¹⁵ Requête en annulation de la SR du 10 octobre 2017, §§11, 33, 58, 667, 676, 678, entre autres

¹⁶ Mémoire en annulation de la SR du 27 avril 2018, §§58, 667, 676, 678, entre autres

¹⁷ *Klöckner Industrie-Anlagen GmbH and others v United Republic of Cameroon and Société Camerounaise des Engrais*, ICSID Case No ARB/81/2, Decision Rejecting the Parties' Applications for Annulment, May 17, 1990 (*'Klöckner II'*), §4.41

¹⁸ **Pièce C131**, *Soufraki v. UAE*, Decision on Annulment, 5 June 2007, §§33.

¹⁹ **Pièce C13**, *Togo Electricité et altri v. Togo*, Décision annulation, 6 septembre 2011, §88

« la Convention CIRDI est muette sur le degré de détail requis dans la rédaction d'une demande en annulation. Elle n'exige pas que la demande invoque « l'un quelconque des motifs » énumérés à l'article 52(1). Ainsi, **la Convention CIRDI n'empêche pas les parties de soulever de nouveaux arguments à l'appui de leur demande en annulation à un stade ultérieur de la procédure.** »²⁰

Dans le même sens se prononcent les comités *ad hoc* des affaires *Wena Hotels c. Egypte*²¹, et *Venoklim Holding c. Venezuela*.²²

9. Le Mémoire en réplique du 9 janvier 2015 avait allégué devant le TR -dans la section relative à la *restitutio in integrum* pour la violation de l'API établie dans la SI causée par la Décision n° 43 et le déni de justice qui lui est lié- entre autres que

« Conformément au droit international coutumier, la finalité du dédommagement étant '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' ; ce standard *Chorzów* exige de comparer la situation financière actuelle des investisseurs avec celle où ils se seraient vraisemblablement trouvés en l'absence des actions illicites.

Selon le commentaire à l'article 36 du Projet de convention de la CDI sur la responsabilité de l'État pour fait internationalement illicite: 'Il est bien établi que les dépenses accessoires donnent lieu à indemnisation si elles sont raisonnablement engagées pour remédier aux dommages ou atténuer d'une autre manière les pertes découlant de la violation.'

La CPIJ et la CJI ont appliqué la méthode subjective et différentielle pour l'évaluation des dommages découlant d'actes illicites des États pour tous les dommages concrets et actuels causés par les actes illicites, par exemple dans les affaires *Wimbledon*⁴¹⁹ et *Canal de Corfou*.»

Dans un cas de déni de justice, l'affaire *Amco*, le Tribunal CIRDI a appliqué le critère de l'affaire *Chorzów* : 'the measure of compensation ought to be such as to approximate as closely as possible in monetary terms the principle of *restitutio in integrum* (...)'.²³

Dans l'affaire *Antoine Goetz c. Burundi*, le Tribunal CIRDI après avoir accordé la *restitutio in integrum* a également décidé que le dommage financier additionnel cause par l'acte illicite de l'État devait être inclus dans le quantum du dédommagement. »²³

Les Demanderesses ont produit les factures justificatives des dommages consécutifs intervenus entre date de la requête initiale d'arbitrage, le 3 novembre 1997, et l'exécution forcée du point 5 du Dispositif de la SI en 2013.²⁴ Aucune de ces factures n'a été contestée ni ne pouvait l'être dès lors que toutes ont été approuvées par le Tribunal correspondant – le TI, le 1^{er} Comité *ad hoc*, le Tribunal de 1^{ère} Instance n° 101 de Madrid- dans des décisions qui ont l'autorité de la chose jugée.

²⁰ *Ibid.*, §89

²¹ **Pièce CL314**, *Wena Hotels c. Egypte*, Decision on Annulment, 5 February 2002, §19

²² **Pièce CL353**, *Venoklim Holding c. Venezuela*, Decision of the ad hoc Committee on Respondent's Preliminary Objections, 8 March 2016, §§86-99

²³ **Pièce C40**, §§382, 383, 385, 387, 389, 405

²⁴ Les pièces justificatives figurent dans la procédure de resoumission comme ND06, CRM92, CRM93, CRM99, CRM100, CRM129, CRM133, CRM138, CRM145, CRM160 et CRM161

10. Les fondements de cette demande devant le TR ont été donc l'article 4 de l'API, le standard Chorzów -«effacer toutes les conséquences de l'acte illicite et rétablir l'état qui aurait vraisemblablement existé si ledit acte n'avait pas été commis » - l'article 36 du Projet de convention de la convention de la CDI sur la responsabilité de l'État pour fait internationalement illicite et leur application dans la jurisprudence de la C.I.J.²⁵, du CIRDI²⁶ et dans la doctrine qualifiée²⁷, invoqués à l'appui de la conclusion suivante :

« Les investisseurs soumettent que, dans la présente phase de la procédure, portant sur la quantification du montant de leur dédommagement après la condamnation de l'État du Chili pour violation de l'article 4 de l'API, le principe de réparation intégrale doit être pris également en considération en rapport avec la restitution aux investisseurs de tous les frais et coûts encourus par ceux-ci pour soutenir la défense de leurs droits sur l'investissement dans les litiges où sont présentes les exigences de

- Causalité, compte tenu du lien évident entre les actions discriminatoires et de déni de justice de l'État chilien prises dans leur ensemble et les dommages et préjudices qu'ont dû supporter les investisseurs pour défendre les droits que leur confèrent, notamment, les articles 3 et 4 de l'API, la Convention CIRDI et l'article 7 de la Constitution chilienne, dans tous ces litiges ;

- Rapport immédiat et nécessaire des actions illicites de l'État chilien avec la causa petendi et les actions des investisseurs exercées dans chacun de ces litiges. »²⁸

3.1 La demande de *restitutio in integrum* pour les dommages consécutifs à la défense de l'investissement et du droit à l'arbitrage devant le CIRDI

²⁵ *Affaire du Vapeur Wimbledon (Gr. Br., Fr., It., Jap. c Allemagne)*, Arrêt, 17 Août 1923, C.P.I.J. 1923 Ser A, No 1,15, page 3, et *Affaire du Canal de Corfou (U.K.c Albanie)*, Fixation du montant des réparations, Arrêt, 15 décembre 1949, ICJ Reports 1949, pages 243, 247 et ss, **pièces CL355** et **CL354** dans la présente procédure en annulation, respectivement

²⁶ *Affaires Siemens v Argentina*, ICSID Case No. ARB/02/8, Award, 6 February 2007, ¶¶ 352, 387-389 [**pièce CL356**]; *Amco c. Indonésie*, Sentence du 5 juin 1990 (Amco II), ¶¶ 137, 185 [**pièce CL350**]; *Occidental Petroleum Corporation and Occidental Exploration and Production Company v. Ecuador*, ICSID Case No ARB/06/11, Award, 5 October 2012, note 165 [**pièce CL357**]; *Watkins-Johnson v. The Islamic Republic of Iran*, Award of 27 July 1989, Iran-U.S. C.T.R., volume 22 (1990) 218, ¶¶114-117; *Uiterwyk v. The Islamic Republic of Iran*, Partial Award of 6 July 1988, 19 Iran-U.S. C.T.R. 107, ¶117; *Antoine Goetz et al c Burundi*, ICSID Case No. ARB/01/2, Sentence, 10 février 1999 (2000) 15 ICSID Rev.-FILJ 457, ¶¶ 135, 143, 151, 169, 173-174,178, 197- 211, 238-260,261-266, 297-298 [**pièce CL358**]; sentence arbitrale dans l'affaire *Pey Casado c. le Chili* du 8 mai 2008, ¶¶ 719, 730 [**pièce C2**]; *Oko Pankki Oyj, VTB Bank (Deutschland) AG and Sampo Bank Plc v. The Republic of Estonia*, ICSID Case No. ARB/04/6, Award, 19 November 2007, ¶¶ 309, 365, **366**, 367, 376.3(IV) et 376.4(V) [**pièce CL359**]; *Youkos Universal Ltd c. Fédération de Russie*, Cour Permanente d'Arbitrage, Sentence du 18-07-2014, pp. 1773-1774 [**pièce CL283**]; *Pope & Talbot v Canada*, Award on Damages, 31 May 2002, ¶ 85 et note "62. Canada argued that the Interim Hearing expenses should be considered as costs rather than damages. For the reasons stated in, the Award of April 10, 2001, the Tribunal considers it more appropriate to treat those expenses as damages" [**pièce CL360**]

²⁷ **Pièce CL361**, Marboe (I.) : *Calculation of Compensation and Damages in International Investment Law*, page 312

²⁸ **Pièce C40**, Réponse des Demanderesses en date du 9 janvier 2015, §405

11. Les droits découlant de l'investissement dans CPP S.A. se sont cristallisés dans la procédure arbitrale. Les points culminants en sont la SI du 8 mai 2008 et les décisions du 1^{er} Comité *ad hoc*, lesquelles constituent une partie intégrante de l'investissement dans le sens de l'API²⁹ et protégée par celui-ci.
12. Or en manquant aux obligations établies à l'API dans la Décision 43 du 28 avril 2000, et en niant le droit des investisseurs à résoudre ce différend dans le cadre d'un arbitrage avant et après la SI et les décisions du 1^{er} Comité *ad hoc*, l'État a causé des dommages consécutifs dont la restitution a été demandée au TR, car le droit à l'arbitrage est une partie intégrante de l'investissement des Demanderesses conformément à la jurisprudence en matière d'investissements telle qu'affirmée, entre autres,

- 1) par le tribunal de l'affaire *Chevron* :

*Once an investment is established, it continues to exist and be protected until its ultimate disposal 'has been completed.'*³⁰

- 2) Par le tribunal de l'affaire *S.p.A Saipem v Bangladesh*³¹ :

*that for the purpose of determining whether there is an investment under Article 25 of the ICSID Convention, it will consider the entire operation. In the present case, the entire or overall operation includes (...) the related ICC Arbitration. (...) the notion of investment pursuant to Article 25 of the ICSID must be understood as covering all the elements of the operation, that is not only the ICC Arbitration, but also (...)*³² (Soulignement ajouté)

Le tribunal *Saipem* a appliqué la Convention du CIRDI et l'API à l'établissement de la responsabilité de l'État en l'espèce. Cette équivalence fonctionnelle suffit à déclencher la responsabilité de l'État et la protection de l'investissement et, si les circonstances le permettent, un soutien additionnel à la sentence arbitrale.

- 3) Dans l'affaire *ATA Construction, Industrial and Trading Company v Hashemite Kingdom of Jordan*³³ le Tribunal arbitral a considéré

that the right to arbitration is a distinct "investment" within the meaning of the BIT because Article I(2)(a)(ii) defines an investment inter alia as "claims to [...] any other

²⁹ La Sentence arbitrale *Romak S.A. v. Uzbekistan* sous les Règles de la CNUDCI, du 26 novembre 2009, a observé que *"the term 'investment' has a meaning in itself that cannot be ignored when considering the list contained in Article I(2) of the BIT. (...) The Arbitral Tribunal therefore considers that the term 'investments' under the BIT has an inherent meaning (irrespective of whether the investor resorts to ICSID or UNCITRAL arbitral proceedings)"*, **pièce CL362**

³⁰ **Pièce CL363**, *Chevron Corporation and Texaco Petroleum Company v The Republic of Ecuador* (UNCITRAL, PCA Case No. 34877, Interim Award, 1 Décembre 2008), §185, citant *Mondev International Ltd. v United States of America* (ICSID Case No. ARB (A)/99/2, Award, 11 Octobre 2002, § 81, **pièce CL364**

³¹ **Pièce CL365**, *S.p.A Saipem v Bangladesh*, ICSID Case No ARB/05/7, Decision on Jurisdiction and Recommendation on Provisional Measures, 21 Mars 2007

³² **Ibid.**, §§110 et 114

³³ **Pièce CL385**, *ATA Construction, Industrial and Trading Company v Hashemite Kingdom of Jordan*, ICSID Case No ARB/08/2, Award, 18 Mai 2010

rights to legitimate performance having financial value related to an investment". The right to arbitration could hardly be considered as something other than a "right [...] to legitimate performance having **financial value related to an investment** (...)" the right to arbitration is considered a distinct investment (...)"³⁴ [Soulignement ajouté]

4) Dans l'affaire *White Industries v India*³⁵

*"the Tribunal concludes that rights under the Award constitute part of White's original investment (i.e., being a crystallization of its rights under the Contract) and, as such, are subject to such protection as is afforded to investments by the BIT."*³⁶ [Soulignement ajouté]

13. En l'espèce lorsqu'après le 28 avril 2000 les Demanderesses ont soumis à l'arbitrage le différend relatif à la Décision n° 43 et au déni de justice qui lui est lié elles s'attendaient légitimement à ce que l'État respecterait les garanties constitutionnelles du *due process*, du droit de propriété - obligations lui incombant selon l'API- le principe général du droit *pacta sunt servanda* et, en conséquence, leur droit à l'arbitrage.
14. Ces attentes légitimes n'ayant pas été respectées par l'État Défendeur, les Demanderesses ont soumis leur demande d'indemnisation des dommages consécutifs sur la base des droits établis en leur faveur aux termes de la SI et de la Décision du 1^{er} Comité *ad hoc* du CIRDI, et dans l'expectative renouvelée que ceux-ci seraient respectés par l'État, toutes choses qui font partie de leur investissement, y compris l'accès à l'arbitrage.³⁷

3.2 La demande de restitution des dommages consécutifs a été rejetée sans motivation

15. La demande de restitution des dommages consécutifs a fait l'objet d'un débat contradictoire devant le TR.³⁸

La SR identifie cinq motifs d'opposition de la Défenderesse à ladite demande:

- 1) elle ne serait pas conforme « à la nature ni à l'objet de la procédure de nouvel examen » ;

³⁴ *Ibid.*, §§ 115, 117, 120, 130

³⁵ **Pièce C47**, *White Industries Australia Limited v The Republic of India*, UNCITRAL, Award, 30 Novembre 2011

³⁶ *Ibid.*, §7.6.10

³⁷ Voir dans la pièce **CL388** le traitement dans l'arbitrage international en matière d'investissements des *consequential damages*, Marboe (I.) Calculation of Compensation and Damages in International Investment Law, "Costs and Expenses for Pursuing the Claim", pages 311-315, pièce CR01 de la procédure de resoumission

³⁸ Voir aux §§120, 121,132 de la SR l'opposition de l'État Défendeur

2) elle contredirait « *directement les décisions antérieures qui ont autorité de la chose jugée* » ;

3) elle serait « *dépourvue d'un lien suffisant avec les deux violations du TBI qui tombent dans le champ de la procédure de nouvel examen* » ;

4) « *le Chili a déjà payé une partie de ces frais et honoraires* » ;

5) « *le paragraphe 3 du dispositif de la Sentence Initiale n'ayant pas été annulé et continuant à avoir force obligatoire, empêche le Tribunal d'ordonner la restitution ou l'indemnisation* ».

16. Ce 5^{ème} motif d'opposition n'a pas été formulé par l'État Défendeur dans ses écritures ni lors des audiences, la SR l'a inclus ici pour une raison qui est restée inexpliquée dès lors que l'État a explicitement soutenu devant lui que le droit à compensation établi au paragraphe 3 du Dispositif de la SI est de nature financière³⁹, et que la SR n'a pas rejeté la demande de restitution des dommages consécutifs pour aucun de ces cinq motifs ou un autre.

17. Il est également certain que dès lors que les montants des dommages consécutifs ont été fixés dans des décisions arbitrales et judiciaires qui ont l'autorité de la chose jugée, et que le montant des dommages consécutifs fait partie de la *restitutio in integrum* des dommages causés par la violation de l'article 4 de l'API, à la demande de restitution des dommages consécutifs ne sont applicables les motifs retenus dans la section « III. ANALYSE » de la SR pour fonder les points 2 à 6 de son Dispositif, à savoir :

- i. Que le montant du dommage causé par la violation de l'article 4 de l'API ne pourrait être estimé de manière équivalente à celle appliquée en cas de violation de l'article 5 de l'API (§§191, 192) ;
- ii. Que la confiscation de l'investissement par le Décret n° 165 de 1975 a été consommée à une date antérieure à l'entrée en vigueur de l'API (§§195, 198) ;
« *le Tribunal ne pouvait clairement pas permettre que la demande initiale fondée sur la confiscation soit de nouveau soumise de manière détournée sous couvert d'une violation du traitement juste et équitable subie plusieurs années plus tard* » (§244) ;
- iii. Que si la proposition relative à la nullité *ex tunc* du Décret 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*

³⁹ **Pièce C200**, audience du 16 avril 2015, page 96, réponse du Chili à une question du TR : «*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 recognised under international law, again we agree with Claimants' 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.*»

Casado et/ou de la Fondation – et le recours à ce titre pourrait relever de la sphère domestique... » (§198), [soulignement ajouté]

[notons en passant que la SR ne propose la moindre motivation à l'impossibilité de chiffrage équivalent dans les circonstances de l'espèce ni par principe, où à l'affirmation que cela reviendrait à une soumission de « la confiscation de nouveau de manière détournée »⁴⁰, s'il était valablement prouvé que les montants étaient effectivement équivalents] ;

- iv. Que « *ce qui a constitué en fait (sinon dans la forme) la confiscation est intervenue avec la Décision n° 43 (...) apparaît, sous diverses formes, dans les écritures des Demanderesses au cours de la présente procédure de nouvel examen* » est « *incompatible avec les conclusions du Tribunal initial...mais aussi avec la Décision 43 elle-même* » (§198) ;
- v. Que même si « *la Défenderesse, pour sa part, était d'accord avec une grande partie de la réponse des Demanderesses, à savoir que (..) en vertu du paragraphe 3 [du Dispositif de la SI], les 'Demanderesses ont droit à des réparations, à une compensation pour des dommages qui ...peuvent être financièrement évalués', il n'en demeure pas moins que cette forme de réparation, ou d'autres formes de réparation en droit international 'serait disponible dans la mesure où les Demanderesses peuvent établir une causalité, c'est-à-dire le lien nécessaire entre la violation au titre du Traité et la forme de dommages monétaires qu'elles recherchent et deuxièmement assument la charge de la preuve pour démontrer qu'il y a eu un préjudice économique' (...) remplaçant le paragraphe 3 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, sauf peut-être le postulat non explicite que, dans le cas normal, elle peut prendre la forme de dommages-intérêts. Mais il n'interprète pas ce paragraphe comme dispensant une partie qui demande des dommages-intérêts de son obligation normale de prouver le préjudice ainsi que le lien de causalité* » (§200) ;
- vi. Que « *les questions qui ont surgi entre les Parties après [entre le 3 novembre 1997 et la communication de la SI du 8 mai 2008] (...) ne peuvent pas (...) entrer dans le champ de la procédure de nouvel examen...* » (§216) ;
- vii. Que le TR « *estime que les arguments avancés par la Défenderesse sont parfaitement fondés* », à savoir : « *les Demanderesses n'ont subi absolument aucun dommage matériel pouvant être démontré. Aucun dommage en raison de l'affaire de la rotative Goss (...)* ; et aucun dommage en raison de la Décision n° 43 (...), si les Demanderesses pouvaient être présumées avoir subi quelque

⁴⁰ Pièce C9, SR, §244

dommage, la cause immédiate du dommage était constituée par leurs propres actes' (...) » (§§232-233) ;

- viii. 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. Le Tribunal ne peut donc pas, par principe, octroyer de dommages-intérêts (...) , en l'absence de toute preuve suffisante d'un préjudice ou d'un dommage causé aux Demanderesses par la violation du TBI établie dans la Sentence Initiale, la question de l'évaluation ou de la quantification de ce dommage ne se pose pas. Le Tribunal n'a donc pas besoin d'analyser de manière plus détaillée les rapports d'expertise de M. Saura pour les Demanderesses et de M. Kaczmarek pour la Défenderesse » (§234-235) ;
 - ix. Que la demande subsidiaire fondée sur l'enrichissement sans cause « est fondé sur la simple allégation que, du fait que la Défenderesse a été en possession des biens confisqués et qu'elle les a utilisés, elle s'est enrichie 'sans juste cause' » au détriment des Demanderesses investisseurs (...) ne peut pas être utilisé comme un moyen détourné de réintroduire sous une autre forme la demande fondée sur l'expropriation qui a été rejetée » (§237-240) ;
 - x. Qu' « aucune tentative n'a été faite pour faire valoir, ou pour justifier, une demande spécifique en ce qui concerne la demande relative au dommage moral (...) [qui] doit également être rejetée in limine litis. (...) » (§241-243) ;
 - xi. Que « le Tribunal n'aurait pas pu non plus élaborer sa propre théorie sur les dommages-intérêts, distincte des arguments des Parties » (§244).
18. Il n'existe dans la SR aucune motivation appliquée à la demande relative aux dommages consécutifs qui permettrait de comprendre le raisonnement l'ayant porté à refuser, au 8^{ème} point du Dispositif⁴¹, la restitution des presque douze millions d'euros de dommages consécutifs que les Demanderesses ont été forcées d'engager dans la défense de leur investissement durant les dix-huit années écoulés entre la date de dépôt de leur Requête initiale d'arbitrage, le 3 novembre 1997, et celle de la fin de l'exécution forcée du point 5 du Dispositif de la Sentence initiale, le 2 novembre 2015.⁴²
19. Cette absence totale de motivation est d'autant plus manifeste dès lors que l'article 48(3) de la Convention du CIRDI ordonne que la sentence, *laudo* ou *award* « doit être motivée », « será motivado », « shall state the reasons upon which it is based ».
20. D'autre part, la SR a rejeté cette demande sans avoir en aucune façon pris en considération les pièces justificatives, incontestées, du montant des dommages

⁴¹ **Pièce C9f**, SR, §256 : « Par ces motifs, le Tribunal décide, à l'unanimité : (...) 8. Que toutes les autres demandes sont rejetées. »

⁴² Mémoire en annulation du 27 avril 2018, §752(e)

causés aux Demanderesses, ce qui constitue un manquement à une répartition appropriée de la charge de la preuve et une manifestation de partialité grave de la part du TR sanctionnée à l'article 52(1)(d) la Convention.

3.3 L'infraction aux articles 42(1) et 48(3) de la Convention du CIRDI entraîne l'annulation de la Sentence

21. Si les règles de l'article 52(1)(c) et (e) avaient été observées à l'égard de la demande de restitution des dommages consécutifs, le TR aurait pu parvenir à une conclusion différente aux points 3, 4, 6 et 7 du Dispositif de la SR dès lors que le droit à l'arbitrage dont la défense a causé les dommages consécutifs constitue en soi un investissement au sens de l'API.
22. Cela entraîne l'annulation de la SR conformément à l'article 52(1), lettres (c) et (e) tel qu'il a été interprété et appliqué par le 1^{er} Comité *ad hoc*, dont les Demanderesses sollicitent respectueusement que la même application en soit faite par le présent Comité *ad hoc* afin d'assurer une cohérence dans l'application de la Convention dans la même affaire, à savoir :

« 82. (...) Si la partie qui objecte a pris connaissance, effectivement ou implicitement, de la violation d'une règle seulement après que la sentence a été portée à la connaissance des parties, elle ne peut pas être considérée comme ayant renoncé à son droit d'objection.

« D. Défaut de motifs

« 83. Le premier comité d'annulation dans l'affaire Vivendi a commenté ce motif dans les termes suivants :

[I]t is well accepted both in the cases and the literature that Article 52(1)(e) concerns a failure to state any reasons with respect to all or part of an award, not the failure to state correct or convincing reasons [...] Provided that the reasons given by a tribunal can be followed and relate to the issues that were before the tribunal, their correctness is beside the point in terms of Article 52(1)(e).

Moreover, reasons may be stated succinctly or at length, and different legal traditions differ in their modes of expressing reasons. Tribunals must be allowed a degree of discretion as to the way in which they express their reasoning.

In the Committee's view, annulment under Article 52(1)(e) should only occur in a clear case. This entails two conditions: first, the failure to state reasons must leave the decision on a particular point essentially lacking in any expressed rationale; and second, that point must itself be necessary to the tribunal's decision. (...)»⁴³

⁴³ 41 Voir Décision Vivendi I, §§ 64-65 [pièce CL310]

« 84. Des comités dans d'autres cas d'annulation ont exprimé des avis similaires⁴⁴.

« 85. **Le Comité souscrit à l'interprétation de cette norme énoncée par le premier comité d'annulation dans l'affaire Vivendi.** En outre, les parties semblent avoir accepté ces critères. Cependant, elles sont en désaccord sur la manière de traiter des motifs incohérents ou contradictoires. Tandis que la Défenderesse soutient que des explications incohérentes, contradictoires ou futiles sur des points déterminants pour le résultat constituent un défaut de motifs, les Demanderesses avancent que seul un défaut de motifs qui est manifeste peut conduire à l'annulation d'une sentence. En d'autres termes, seules (i) une absence totale de motivation ou (ii) des raisons manifestement futiles ou contradictoires sont susceptibles de constituer une erreur annulable⁴⁵.

« 86. Le Comité estime que, dès lors qu'il n'existe aucun fondement exprès pour étayer les conclusions sur un point crucial ou déterminant pour le résultat, l'annulation doit être prononcée, que le défaut de fondement soit dû à une absence totale de motivation ou soit le résultat d'explications futiles ou contradictoires.

Étendue de l'annulation

87. Comme l'ont relevé plusieurs comités, l'annulation est distincte de l'appel. Le pouvoir de contrôle est limité aux motifs d'annulation énoncés à l'article 52(1) de la Convention CIRDI⁴⁶. Dans l'affaire Soufraki, le comité a fait observer que⁴⁷ :

[T]he annulment review, although obviously important, is a limited exercise, and does not provide for an appeal of the initial award. In other words, it is not contested that "... an ad hoc committee does not have the jurisdiction to review the merits of the original award in any way. The annulment system is designed to safeguard the integrity, not the outcome, of ICSID arbitration proceedings." (quoting Guide to ICSID Arbitration). This has been stressed very recently in the case MTD Equity and MTD Chile v. Republic of Chile:

'Under Article 52 of the ICSID Convention, an annulment proceeding is not an appeal, still less a retrial; it is a form of review on specified and limited grounds which take as their premise the record before the Tribunal. '

« 88. *Le Comité approuve ces déclarations sans aucune réserve. (...) »*

[Soulignement et caractères appuyés ajoutés]

[Fin de la citation du 1^{er} Comité *ad hoc*]

⁴⁴ 42 Voir Décision Amco I, §§ 38-44 ; Décision MINE, §§ 5.07-5.13 ; Décision Amco II, §§ 7.55-7.57 ; Décision Wena, §§ 77-82 ; Décision CDC, §§ 66-72 ; Décision Mitchell, § 21 [pièces CL315]

⁴⁵ 43 Voir Tr. Annulation [1] pour la Défenderesse : [pp. 45-46] (Ang.), [pp. 18-19] (Fr.) et [pp. 44-47] (Esp.); pour les Demanderesses : [pp. 184-185] (Ang.), [p. 76] (Fr.) et [pp. 200-202] (Esp.)]

⁴⁶ 44 Voir Décision Wena, § 18 (qui cite Klöckner I, §§ 3, 62, 119 et Décision MINE, § 4.05), [pièces CL314 et CL313, respectivement]

⁴⁷ 45 Voir Décision Soufraki, § 20, [pièce C131]

23. Ce raisonnement du 1^{er} Comité *ad hoc* est d'autre part cohérent avec celui du comité *ad hoc* de l'affaire *Klöckner v. Cameroon* que les Demanderesses reprennent à leur compte et dont elles sollicitent l'application en l'espèce.⁴⁸

4. **EXCÈS DE POUVOIR. LA SR A REFUSÉ D'APPLIQUER LES ARTICLES 2(2) ET 10(1) DE L'API ET D'EXERCER SA COMPÉTENCE SUR LES QUESTIONS RELATIVES AU MONTANT DE L'INDEMNISATION POUR LES INFRACTIONS À L'API DU 28 AVRIL 2000 ET 2000**

24. Le prof. Pierre Mayer écrit :

“Imaginons qu'une sentence sur le principe de la responsabilité du défendeur a été rendue ; il reste à traiter la question du quantum dans une autre sentence, mais au moment de la rendre le tribunal éprouve un doute sur la justesse de ce qu'il a précédemment dit. (...) Lorsque ce doute surgit, que doit faire le tribunal ? Cette situation s'est présentée notamment dans une affaire qui a donné lieu à une sentence bien connue, rendue sous la présidence de Claude Reymond en 1984.⁴⁹ Dans les motifs de la seconde sentence, il avait parfaitement démontré que l'autorité de la première sentence devait s'étendre à ses motifs.⁵⁰ Il est d'abord évident que la sentence déjà rendue a autorité de chose jugée et que l'arbitre ne peut pas remettre en cause la décision prise sur le principe de la responsabilité.”⁵¹

Ceci est encore plus évident, voire impératif, en l'espèce, dans le cadre d'une sentence sur la compétence et le fond ayant l'autorité de la chose jugée sous la

⁴⁸ **Pièce C7**, *Klockner v. Cameroon*, Decision on Annulment, 3 mai 1985: “§58. In the opinion of the *ad hoc* Committee, the provisions of Article 42 could not be interpreted as stating simple advice or recommendations to the arbitrators or an obligation without sanction. Obviously, and in accordance with principles of interpretation that are recognized generally—for example, by Article 31 of the Vienna Convention on the Law of Treaties—Article 52 on the annulment of awards must be interpreted in the context of the Convention and in particular of Articles 42 and 48, and vice versa. It is furthermore impossible to imagine that when they drafted Article 52, the Convention's authors would have forgotten the existence of Articles 42 or 48(3), just as it is impossible to assume that the authors of provisions like Articles 42(1) or 48(3) would have neglected to consider the sanction for non-compliance” ; §116. As for “contradiction of reasons”, it is in principle appropriate to bring this notion under the category “failure to state reasons” for the very simple reason that two genuinely contradictory reasons cancel each other out. Hence the failure to state reasons. The arbitrator's obligation to state reasons which are not contradictory must therefore be accepted.”

⁴⁹ Sentence rendue dans l'affaire CCI n° 3267, Rec., II, 43. V. dans le même sens Paris, 11 mai 2006, *Groupe Antoine Tabet*, Rev. arb., 2007.201, note S. Bollée, **pièces CL366 et CL367**

⁵⁰ “ this arbitral tribunal is of the opinion that the binding effect of its first award is not limited to the contents of the order thereof adjudicating or dismissing certain claims, but that it extends to the legal reasons that were necessary for such order, i.e. to the ratio decidendi of such award. Irrespective from the academic views that may be entertained on the extent of the principle of res judicata on the reasons of a decision, it would be unfair to both parties to depart in a final award from the views held in the previous award, to the extent they were necessary for the disposition of certain issues ”.

⁵¹ **Pièce CL372**, Mayer (P.), *L'autorité de chose jugée des sentences entre les parties*, Revue de l'Arbitrage, 2016, Volume 2016, Issue 1, pp. 97 - 98

Convention du CIRDI compte tenu de ce que disposent l'article 53(1) et la Règle 55(3).

25. En l'espèce, l'annulation du para. 4 du Dispositif et de son fondement dans le Ch. VIII de la Sentence initiale par la Décision du Comité *ad hoc* du 18 décembre 2012 a transformé cette Sentence en Sentence « partielle », déterminant le principe d'une violation de l'API ayant entraîné un préjudice *-res iudicata-* dont il restait désormais à évaluer et fixer le montant des dommages et intérêts pour compenser le préjudice subi.
26. En la présente espèce, la SI a condamné le Chili, entre autre, pour avoir paralysé pendant plus de sept années, en fait pendant plus de douze années, le Jugement qui devait constater l'invalidité du Décret confiscatoire n° 165 (v. *infra* §§ 129-136).

En outre, le Tribunal arbitral initial avait été saisi de toutes les questions posées ensuite dans la demande en resoumission, et à la différence des affaires *Tokios*⁵² ou *Amco II*, **les Demanderesses n'ont pas sollicité que le Tribunal de resoumission les reconsidère, ou qu'il modifie le paragraphe n° 1 du Dispositif relatif à la compétence, ni les points 2 et 3**, ni leurs fondements respectifs, mais seulement qu'il applique ces points en tenant compte de façon organique et cohérente du contexte où les faits et les questions ont été soumis lors de la procédure initiale, celui de l'indétermination, à l'époque du prononcé de la SI, de la situation légale en droit interne du Décret n° 165.

Car la difficulté à laquelle s'est heurtée le Tribunal arbitral initial du fait de la paralysie du Jugement interne – composante cruciale du déni de justice à compenser selon la SI - s'est dissipée deux mois après le prononcé de la SI, lorsque le 1er Tribunal civil a rendu son jugement, ce qui -par une poursuite du déni de justice- a été porté à la connaissance des Demanderesses le 31 janvier 2011⁵³.

C'est dans ce contexte que l'on peut rappeler la considération suivante de la C.I.J. relative à un statut juridique « indéterminé » -s'agissant de la seule connaissance qu'en avait le TI (comme l'était celui du Décret n° 165 pendant la procédure arbitrale initiale *mutatis mutandis*) lorsque la Cour avait eu initialement à statuer :

*« Ainsi que la Cour l'a fait observer dans ses arrêts de 2004 relatifs à la Licéité de l'emploi de la force, l'importance de cette évolution survenue en 2000 tient au fait **qu'elle a clarifié la situation juridique, jusque-là indéterminée**, quant au statut de la République fédérale de Yougoslavie vis-à-vis de l'Organisation des Nations Unies. C'est en ce sens que la situation qui se présente aujourd'hui à la Cour concernant la Serbie-et-Monténégro est manifestement différente de celle devant laquelle elle se trouvait en 1999. Si la Cour avait alors eu à se prononcer définitivement sur le statut du demandeur à l'égard de l'Organisation des Nations*

⁵² **Pièce CL335**, *Tokios Tokelès v. Ukraine*, ICSID Case No. ARB/02/18, Award (26 July 2007) (Mustill, Price, Bernardini), ¶ 98

⁵³ Voir la Duplique du 28 février 2011 des Demanderesses dans la procédure en annulation, à l'initiative du Chili, de la Sentence arbitrale initiale, page 10, note 23, **pièce C207**

Unies, cette tâche aurait été compliquée par les incertitudes entourant la situation juridique, s'agissant de ce statut. Cependant, la Cour se trouvant aujourd'hui à même d'apprécier l'ensemble de la situation juridique, et compte tenu des conséquences juridiques du nouvel état de fait existant depuis le 1er novembre 2000, la Cour est amenée à conclure que (...)» (Licéité de l'emploi de la force (Serbie-et-Monténégro c. Belgique), exceptions préliminaires, arrêt, C.I.J. Recueil 2004, p. 310-311, par. 79.) »⁵⁴

27. Dans la présente affaire arbitrale la Décision du 1^{er} Comité *ad hoc*, du 18 décembre 2012,

- a) a annulé le point 4 du Dispositif de la SI relatif au *quantum* de la compensation due aux investisseurs demandeurs avec l'accord de toutes les parties, qui demandaient son annulation pour des raisons différentes⁵⁵,
- b) a déclaré *res iudicata* tout le corps des chapitres I à VII de la SI portant sur la compétence et la responsabilité de l'État, dont les fondements des points 1 à 3 du Dispositif établissent le lien de causalité existant entre
 - i. des actes de l'État commis à partir de 28 avril 2000 «résidant essentiellement dans la Décision n°43 et le déni de justice allégué qui lui est lié ...»⁵⁶,
 - ii. qui sont constitutifs de discrimination et de déni de justice,
 - iii. qui ont enfreint l'article 4 de l'API,
 - iv. et qui ont causé un préjudice dont le dommage qui en découle doit être compensé par l'État du Chili.

En conséquence, comme a affirmé le comité *ad hoc* de l'affaire *Vivendi I* :

The ad hoc Committee did not annul this finding but instead confirmed it. Hence, like all other non-annulled findings of the First Tribunal, this one is res judicata (...)»⁵⁷,

ou le prof. Reisman:

With the exception of nullification on grounds of total absence of jurisdiction or because of fraud or corruption of a member of the tribunal, even a total nullification decision is likely to indicate that there are findings of law or fact by the original tribunal which have not been nullified, whether because the moving party did not challenge them, because they did not come within one of the grounds of Article 52, or because the ad hoc committee chose not to

⁵⁴ **Pièce CL273**, C.I.J., affaire relative à l'application de la Convention pour la prévention et la répression du crime de génocide (*Bosnie-Herzégovine c. Serbie-et-Monténégro*), arrêt du 26 février 2007, p. 131

⁵⁵ Les raisons des Demanderesses devant le 1^{er} Comité *ad hoc* en faveur de l'annulation partielle du point 8 du Dispositif -et indirectement le point 4- figurent dans leur Duplique du 28 février 2011 (§§218-246), **pièce C207**

⁵⁶ **Pièce C2**, SI, §§464, 623, 679, soulignement ajouté

⁵⁷ **Pièce CL262**, *Vivendi c. Argentina* (*Vivendi II*), Decision on Jurisdiction (resubmitted case), Nov 14, 2005, para 107

*nullify. Principles of economy and fairness to the parties would suggest that subsequent tribunals dealing with the same dispute should not reconsider such matters.*⁵⁸

28. Le point 1 du Dispositif de la SI a tranché dans le sens que le Tribunal arbitral avait compétence *ratione temporis*, *ratione materiae* et *ratione personae* sur les différends nés entre les parties à partir du 28 avril 2000 concernant l'ensemble de l'investissement:

Sentence initiale :

§635. « Les demanderesses ont tenté en vain de faire reconnaître l'incompatibilité de **la Décision n°43** avec cette procédure judiciaire [interne]. **Le 2 octobre 2001**, la Première Chambre civile de Santiago s'est déclarée incompétente pour juger de l'incompatibilité entre la Décision n°43 et la procédure engagée devant elle depuis le 4 octobre 1995. Seule la Cour suprême serait compétente.

Après avoir informé le Contralor de l'incompatibilité de la Décision n°43 avec l'action portée devant la Première Chambre civile de Santiago depuis le 4 octobre 1995, les demanderesses lui ont reproché d'avoir entériné **les 22 et 23 juillet 2002** le paiement d'une indemnisation au profit des bénéficiaires de la Décision n°43, cette indemnisation comprenant notamment le préjudice subi du fait de la confiscation de la rotative Goss.

§636. Finalement, comme le Tribunal arbitral a récapitulé ci-dessus, **les demanderesses ont intenté de nombreux recours auprès du pouvoir exécutif et du pouvoir judiciaire contre ces décisions en 2002** et visant à mettre en cause la comptabilité de la Décision n°43 avec la procédure judiciaire introduite en 1995, recours qui ont tous été rejetés. »

§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. »

§624 (...) **Lors des audiences de janvier 2007, les demanderesses ont élargi leur demande fondée sur le déni de justice 'à l'ensemble du contentieux soumis au Tribunal arbitral [...]'**» (citation omise, soulignement ajouté),

⁵⁸ Reisman (W.M.), *Systems of Control in International Adjudication & Arbitration*, Durham, NC: Duke University Press, 1992, 105

[les notes de bas de page 589⁵⁹ et 599⁶⁰ précisant que l'objet de l'élargissement de la demande était le déni de justice pour avoir refusé l'État la *restitutio in integrum* relative à la totalité de l'investissement.⁶¹]

§« 626. Après examen des faits et des prétentions des parties, il ne fait pas de doute que le déni de justice allégué par les demanderesses s'étend sur une période postérieure à l'entrée en vigueur de l'API. L'article 4 de l'API lui est donc bien applicable ratione temporis. »

§« 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. »

[Soulignements ajoutés]

29. La Décision du 1^{er} Comité *ad hoc* du 18 décembre 2012, pour sa part, a rejeté la même prétention que l'État du Chili a réitérée devant le TR et **que celui-ci a retenue de manière à peine déguisée**, contrevenant au principe de la *res iudicata*, **sous la forme d'une négation de sa compétence sur les questions surgies entre les parties entre le 3 novembre 1997 et la date de la communication de la SI.**

L'État du Chili demande maintenant au présent Comité *ad hoc*⁶² qu'il confirme cette prétention rejetée par la SI et le 1^{er} Comité *ad hoc*, à savoir :

⁵⁹ [“589 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’ ».]

⁶⁰ [« 599 Les parties demanderesses ont résumé leur position lors de l'audience du 15 janvier 2007 comme suit : « En l'espèce, la Chili a commis un acte de déni de justice, d'un côté, par le délai extraordinaire à établir une vraie solution. A l'heure où nous parlons, nous nous situons plus de dix ans après la requête originale et, à ce jour, il n'y a pas eu de résolution en première instance. Le délai de résolution d'un différend porté à la connaissance des cours est en soit un motif de déni de justice si ce délai est irraisonnable. »599 Transcription de l'audience du 15 janvier 2007, p. 93, § 10-16 (Me Garcés). V. aussi réplique des demanderesses au contre-mémoire de la défenderesse, du 23 février 2003, p. 107 ; 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. » 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.)]

⁶¹ **Pièce C2**, Sentence initiale, §651, « l'impossibilité d'obtenir une décision sur le fond des tribunaux chiliens dans l'affaire concernant la restitution de la rotative Goss constituerait une violation de l'article 4 de l'API » ; la note 607 : « V. réplique des demanderesses au contre-mémoire de la défenderesse du 23 février 2003, pp. 103 et ss. V. également la transcription de l'audience du 16 janvier 2007, pp. 42 et ss, spéc. p. 45 : ‘le fondement juridique du déni de justice se trouve à l'évidence dans l'article 4 de l'API Espagne-Chili’ (Me Garcés) » ; la note 599 : « (...) 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. »

⁶² Voir dans les §§351-353 du Counter-Memorial l'explication du sens de la 1^{ère} question du TR lors des audiences d'avril 2015 : « the award simply did not explain what investment had survived the expropriation and still existed at the time of the fair and equitable treatment violation. »

Décision du 1^{er} Comité *ad hoc* :

« 162. La principale question soulevée par le Chili au regard de l'article 52(1)(e) est celle de savoir si le Tribunal a omis de motiver sa décision de se reconnaître compétent pour statuer sur le dommage allégué causé à un investissement qui, selon le propre raisonnement du Tribunal, avait disparu plus de vingt ans avant l'entrée en vigueur de l'API, et, par conséquent, n'aurait pu constituer un « investissement existant » ni à ce moment-là, ni au moment des actes ultérieurs de l'État constituant selon le Tribunal le fondement de la responsabilité [la Décision 43 et le déni de justice qui lui est lié].

« 163. Le Chili soutient que le Tribunal n'a pas appliqué les articles 1(2) et 2(2) de l'API selon les termes suivants¹⁰¹ :

“416. Here, the Republic asserts that the Tribunal manifestly exceeded its powers because it improperly asserted jurisdiction over alleged post-BIT acts by Chile that could not have affected any investment of Claimants, for the simple reason that Claimants had no investment still existing at the time of the alleged acts. The Tribunal correctly noted at the outset of its analysis in the Award that Articles 1(2) and 2(2) of the BIT permitted claims only for investments that were “already existing at the time of entry into force of the BIT”:

Il est clair, en revanche, que les articles 1(2) et 2(2) de l'API exigent de l'investisseur qu'il effectue un investissement qui soit conforme à la législation chilienne en vigueur à l'époque et, s'agissant d'investissements existant au moment de l'entrée en vigueur du traité, qui puisse être qualifié d'investissement étranger au sens de cette législation.

“417. The foregoing necessarily means that an investment that had terminated before the date of the BIT's entry into force (i.e., that was no longer “existing” on that date) would be outside the scope of the BIT. However, and incongruously, the Tribunal then failed to identify an investment by Mr. Pey that was still “existing” upon entry into force of the Chile-Spain BIT in 1994. In other words, having first articulated correctly what the BIT required by way of analysis for application of Articles 1(2) and 2(2), it then simply failed to apply such requirements to Claimants.

“418. It bears recalling that the investment Mr. Pey allegedly made ceased altogether to exist in 1973, upon the *de facto* confiscation of *El Clarín*, or at the latest in 1975, upon the issuance of Decree No. 165 formally expropriating *El Clarín* and definitively dissolving the relevant corporate entities (CPP and EPC). The Tribunal itself conceded this key point when it concluded that the expropriation of *El Clarín* was an “instantaneous” act that concluded when it happened in the 1970s. This means necessarily that Claimants' investment was extinguished at that time. The Tribunal did not purport to suggest that the “investment” somehow continued to exist independently of the property that was expropriated, or that every subsequent disposition by the Government of the expropriated property constituted a new “expropriation” affecting the original owners. To the contrary, the Tribunal's conclusion was precisely the opposite: that the expropriation of *El Clarín* was not a “continuing” act.

“419. Given the Tribunal’s conclusions in this regard, it is impossible to discern what “investment” the Republic harmed when it undertook the acts that the Tribunal concluded were post-entry into force violations of the BIT. The Tribunal simply does not address this issue at all in the Award. But if *El Clarín* was expropriated definitively at the latest by 1975, as the Tribunal conceded, and if Claimants furthermore did not allege the existence of any other investment, what investment by Claimants could possibly have existed past 1994, the year the BIT entered into force? What was the investment that was harmed by the post-1994 acts that formed the basis of the Tribunal’s finding of responsibility against Chile?

“420. The Tribunal assumed jurisdiction despite the fundamental logical and legal flaws identified above, eliding the absence of an investment and then ruling in Claimants’ favor. The Republic could not have foreseen this outcome during the underlying proceedings, as no acts other than the expropriation itself had been the subject of a claim in the arbitration. Claimants had argued that the expropriation of their original investment should be deemed a “continuing” one that for that reason should be deemed to exist past the date of the BIT’s entry into force, but they had never argued either (a) that the investment *itself* was somehow a “continuing” one; or (b) that they had made some other (different) investment that was covered by the BIT and that was harmed by Chile’s purported post-BIT acts.

“421. Accordingly, there was no reason for Chile to make any arguments in this regard, and no way it could have predicted that the Tribunal would rule in Claimants’ favor on the basis of events that occurred long after Mr. Pey’s investment, which by the Tribunal’s own reasoning had long before been definitively extinguished. It was only upon reviewing the Award that the Republic realized this fundamental inconsistency of the Tribunal’s ruling, and that it had based its finding of responsibility on alleged post-1994 violations without identifying any investment still existing at the time of those acts. Claimants’ waiver argument therefore fails.

“422. Claimants also now contend, in their Counter-Memorial, that despite the language of the treaty, and despite the Tribunal’s acceptance that such language required an “existing” investment at the time of the BIT’s entry into force, the BIT in fact does not require that the alleged investment still be in existence at the time of the BIT violation. They therefore apparently argue that it is possible to breach a particular BIT even if there is no investment in place that is subject to the BIT’s protection. This is an unsustainable position, because it means that any investment made at any point in the past (no matter how long before the BIT’s entry into force) somehow continues to enjoy protection under the BIT *ad aeternitatem*. As a matter of logic and common sense, this cannot be correct; more importantly for purposes of this annulment proceeding, and in particular of the question of manifest excess of powers, it is directly at odds with the actual treaty language. As the Tribunal noted, the BIT requires an “existing” investment at the time of the BIT’s entry into force, and yet, it failed to identify any investment owned by Claimants that was still “existing” in 1994. This clear

failure by the Tribunal to apply Articles 1(2) and 2(2) of the BIT was a manifest excess of powers, which compels annulment of the Award under Article 52(1)(b) of the ICSID Convention. [Soulignement et caractères italiques dans l’original]

« 164. À l’appui de son affirmation selon laquelle le Tribunal n’a pas motivé ses conclusions sur ce point, le Chili déclare¹⁰² :

485. The Tribunal also failed to state reasons on what the “existing investment” was; i.e. what investment Mr. Pey still had in Chile at the time the BIT entered into force and/or at the time the Republic undertook the challenged post-BIT acts. On this issue, the Tribunal reached the following conclusions in the Award: (1) Articles 1(2) and 2(2) of the BIT required that there be an *existing investment* by Mr. Pey in 1994, when the BIT entered into force; and (2) the El Clarín newspaper had been completely expropriated—and thus the relevant investment had become extinguished—by 1975 at the latest; (3) the expropriation was instantaneous, and thus contrary to Claimants’ argument, it did not constitute a violation that was still continuing at the time the BIT entered into force; and (4) the post-BIT acts by Chile that the Tribunal ultimately found to be treaty violations—Decision 43 and the alleged delay in local court proceedings regarding the Goss Machine—were completely different, and distinct from, the 1975 expropriation.

“486. As a matter of pure logic, the foregoing cumulus of conclusions should have led the Tribunal to conclude that Mr. Pey had no investment that was still an existing one in 1994, at the time the BIT entered into force, and that therefore there was no proper basis for exercising jurisdiction over Mr. Pey’s claim. Yet the Tribunal simply proceeded to assert jurisdiction without explaining its solution to the foregoing conundrum. It did not explain if it was basing its assertion of jurisdiction on some theory that the investment made in El Clarín was somehow a “continuing” one even though, as explained above, it had determined that the exprop[r]iation of El Clarín had been definitely completed and terminated no later than 1975. But on the other hand, the Tribunal also did not explain if it was basing its assertion of jurisdiction on the existence of a *different* investment; that is, some *other* investment by Mr. Pey or by the President Allende Foundation—aside from the long-extinguished *El Clarín* investment—that could have been deemed to exist in 1994, when the BIT entered into force, or after that, when Chile committed the post-BIT acts that the Tribunal found objectionable. Instead, the Tribunal simply assumed—without any explanation or reasoning—the existence of some investment: “En revanche, les dispositions de fond de l’API sont applicables ratione temporis à la violation résultant de la Décision n°43 et au déni de justice allégué par les demanderesse[s], ces actes étant post[é]rieurs à l’entrée en vigueur du traité.”

“487. The Tribunal seemingly contented itself with noting that it had the authority to take into consideration pre-BIT events in order to give context to the post-BIT acts. However, this did not give the Tribunal the authority to elevate to the status of an “existing” investment one that, by the Tribunal’s own finding, had been clearly extinguished long before the BIT’s entry into force. [Caractères

italiques dans l'original].” [Citations omises] (...)

« *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'API⁶³.

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 perdue même si les droits en tant que tels ont pris fin⁶⁴, 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 alléguée⁶⁵.

*Ces principes ont été respectés par le Tribunal dans la section de la Sentence consacrée à l'application de l'API *ratione temporis*⁶⁶. 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, 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.**”⁶⁷*

[Fin de la citation de la Décision du 1^{er} Comité *ad hoc*, soulignements ajoutés]

30. En effet, lors de la procédure initiale l'État n'a pas mis en question l'existence de l'investissement (tout en contestant sa qualité d'investissement « étranger » au sens de l'article 2(2) de l'API), comme l'attestent,

⁶³ 105 Voir Sentence, §§ 431-432

⁶⁴ 106 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, § 135 [pièce CL384]

⁶⁵ 107 Voir Mondev International Ltd. c. les États-Unis d'Amérique, Affaire CIRDI ARB(AF)/99/2, Sentence en date du 11 octobre 2002, § 68 (ci-après « Sentence Mondev »).

⁶⁶ 107 Voir Mondev International Ltd. c. les États-Unis d'Amérique, Affaire CIRDI ARB(AF)/99/2, Sentence en date du 11 octobre 2002, § 68 (ci-après « Sentence Mondev »).

⁶⁷ Le §186 du *Counter-Memorial* s'insurge contre cette confirmation de la SI par le 1^{er} Comité *ad hoc* en ignorant le rejet par ce dernier de la prétention du Chili -de même que celle relative à la preuve du « préjudice » dans la SI (voir *infra* la section 5.5, en particulier les §§ 117-118)- afin de conclure, *contra rem iudicatam*, que : «Of these three elements — 'violation', 'investment', and 'injury caused' — only the 'violation' element had been addressed in the un-annulled portion of the First Award (and, as the Resubmission Tribunal later observed, that part of the Award was 'Delphic'. (...) Accordingly, those issued needed to be addressed ab ovo in the Resubmission Proceeding.»

- La lettre du Ministre de l'Économie du Chili au Secrétaire Général du CIRDI du 30 novembre 1998 :

« Le demandeur lui-même a déclaré en des occasions réitérées qu'il n'avait jamais effectué de transferts de capitaux au Chili pour réaliser son investissement supposé. En effet, déjà dans sa demande d'arbitrage, présentée le 3 novembre 1997, il déclare que les fonds destinés à acquérir les 40.000 actions du « Consortium Publicitaire et Périodique S.A » furent remis au vendeur en Europe ; c'est-à-dire, il reconnaît qu'il n'y a pas eu de transferts de capitaux au Chili pour effectuer cet investissement étranger (...).

Nonobstant ce qui précède, le Centre a procédé à l'enregistrement [le 24-04-1998] d'une demande qui ne pouvait pas ni n'a pu accréditer avoir la qualité d'investissement étranger en accord avec la législation du pays récepteur, au cas présent le Chili, enfreignant en cela, à nouveau, l'Accord qui confère compétence au CIRDI pour connaître de ces controverses.

De l'information et des dires du demandeur lui-même, il découle que le différend se trouve manifestement en dehors de la juridiction du CIRDI, et selon le contenu de ce que stipule l'article 36 (3) de la Convention, il n'aurait pas dû être enregistré »⁶⁸.

- Le Mémoire de la Défenderesse sur la compétence de 1999⁶⁹,
- Le représentant de l'État du Chili, lorsqu'il affirme le 6 mai 2003 devant le Tribunal initial l'invalidité de la confiscation des biens de CPP S.A. et d'EPC Ltée et le devoir de l'État d'indemniser les propriétaires⁷⁰, après s'être engagé en juin 2001

« dans l'hypothèse 'où le Chili serait condamné' sur le fond (par un Tribunal Arbitral CIRDI s'étant reconnu compétent), la conséquence pratique évidente pour le Chili, principale ou exclusive, ne pourrait être que, soit l'obligation de restituer les actions revendiquées à leurs propriétaires légitimes (c'est-à-dire une restitution en nature), soit, en cas d'impossibilité d'une 'restitutio in integrum', l'obligation d'indemniser »⁷¹,

- La Sentence initiale, dans les pages 33 à 105

⁶⁸ **Pièce C348e**, pages 2 et 4 : « *el propio solicitante ha declarado en reiteradas ocasiones que nunca ha efectuado transferencias de capital a Chile para realizar su supuesta inversión. En efecto, ya en su solicitud de Arbitraje, presentada el 3 de noviembre de 1997, declara que los fondos destinados a adquirir las 40.000 acciones del Consorcio Publicitario y Periodístico Sociedad Anónima fueron entregados al vendedor en Europa; es decir, reconoce que no hubo transferencias de capitales a Chile para efectuar esta ficticia inversión extranjera (...). No obstante lo anterior, el Centro procedió a registrar [el 4-04-1998] una solicitud que no pudo ni ha podido acreditar que tenía la calidad de inversión extranjera de acuerdo a la legislación del país receptor, en este caso Chile, infringiendo con ello, nuevamente, el Acuerdo que otorga competencia al CIADI para conocer de estas controversias. De la información y dichos del propio solicitante, se desprende que la diferencia se halla manifestamente fuera de la jurisdicción del CIADI, y que al tenor de lo establecido en el Artículo 36 (3) del Convenio, no debió haberse registrado.* »

⁶⁹ **Pièce RA-0057**, §§2.3, 2.4, 6.3.4.2. Voir également dans le même sens les antécédents dans la réponse du Gouvernement chilien à M. Pey du 9 octobre 1997 (**pièce C357f**) ; les lettres du Secrétaire Général du CIRDI aux Demanderesses relatives à la compétence des 10 décembre 1997 (**pièce C351e**) et 12 février 1998 (**pièce 353a**), les réponses de celles-ci des 19 décembre 1997 et 20, 23 et 30 février 1998 (**pièces C352 à C356f**) relatives aux questions sur la compétence soulevées par l'État du Chili

⁷⁰ **Pièce C2**, SI, voir les §§665-674, 677, 678 et les notes de bas de page 617 et 623

⁷¹ **Pièce C30f**, Décision du TI sur la demande de mesures conservatoires sollicitées par les Demanderesses envers la Décision n° 43, §63

31. Le *Counter-Memorial* fait fi de ces conclusions de la SI, confirmées par le 1^{er} Comité *ad hoc*, ignorant ainsi le rejet par ce dernier de la prétention du Chili -de même que contre celles relatives au fait que les Demanderesses avaient effectivement produit la preuve du « préjudice » causé par la violation de l'API (voir *infra* la section 5.5 de la présente Réplique)- afin de conclure, en guise d'appel contre la SI et la Décision du 1^{er} Comité *ad hoc* et *contra rem iudicatam*, que :

«Of these three elements — ‘violation’, ‘investment’, and ‘injury caused’ — only the ‘violation’ element had been addressed in the un-annulled portion of the First Award [sic] (and, as the Resubmission Tribunal later observed, that part of the Award was ‘Delphic’. (...) Accordingly, those issued needed to be addressed ab ovo in the Resubmission Proceeding.»⁷²

Et, en effet, ces questions ont été réouvertes et reconsidérées par le TR⁷³ dans la SR, par surprise et *contra rem iudicatam*, afin de fonder le Dispositif. Ceci constitue l'un des motifs d'annulation pour excès de pouvoir et une inobservation grave à une règle fondamentale de procédure (infraction de la *res iudicata*, biais).

32. Le TR a exclu de sa compétence, dont la mission consistait précisément à fixer le montant du dommage, les questions surgies entre les parties entre le 3 novembre 1997 et le 8 mai 2008 et a réduit sa compétence à la question soumise dans la Requête initiale du 3 novembre 1997 fondée sur l'article 5 de l'API -qui avait été rejetée par le TI pour manque de compétence *ratione temporis*, fondée sur l'état où se trouvait alors cette connaissance du statut du Décret n° 165 en droit interne.

En limitant sa compétence à la date du 3 novembre 1997, la SR contrarie

1) ce que la SI avait tranché et le 1^{er} Comité *ad hoc* a confirmé, à savoir l'existence de l'investissement couvert par l'API lorsqu'en 2002 l'État a pris la Décision 43, comme en témoigne la Décision du 8 mai 2002 du TI joignant la compétence au fond :

« Étant donné les désaccords importants entre les Parties sur plusieurs questions de de fait et de droit, le Tribunal arbitral ‘a besoin des informations les plus précises concernant les thèses juridiques énoncées par les Parties et les motifs à l'appui de ces thèses’, en particulier sur la question fondamentale de l'existence d'un investissement conforme aux Convention CIRDI et le Traité hispano-chilien » ;⁷⁴

2) a fait disparaître ce qui constitue dans la SI l'allégation pivot, le fondement de la quantification des dommages subis par les Demanderesses, à savoir la possible équivalence du montant du dommage causé par les infractions à l'article 4 de l'API

⁷² V. *Counter-Memorial*, §186

⁷³ Voir le Mémoire en annulation du 27 avril 2018, §§292-297

⁷⁴ **Pièce CL402**, Décision du Tribunal initial du 8 mai 2002 joignant la compétence au fond

en 2000 et 2002 « à celle résultant de la confiscation, étant donné que la violation de l'API par le Chili avait pour conséquence d'empêcher les Demanderesses d'obtenir une indemnisation au titre de la confiscation »⁷⁵, le 1er Comité *ad hoc* ayant ainsi confirmé cette équivalence dans les circonstances spécifiques de l'espèce dans le cadre de l'API ;

3) en supprimant le pivot, c'est-à-dire l'appui pris de manière exprès par la SI sur les différends survenus en 2000 et 2002 et les violations corrélatives de l'article 4, la SR a supprimé la base -la violation de l'API en 2000 et 2002- sur laquelle les Demanderesses fondent l'équivalence relative au calcul du montant des dommages causés par la violation de l'article 4 et ceux qui auraient été causés en cas de violation de l'article 5 de l'API ;

33. Le TR, dont la seule mission était de fixer le *quantum* de l'indemnisation du dommage causé par la violation de l'article 4 de l'API à partir du 28 avril 2000 a affirmé

- que pour lui « *il est clair que la présente instance est le prolongement de l'arbitrage initial...* »⁷⁶,

- que « 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 »⁷⁷ [soulignement ajouté].

34. Cependant la SR se contredit manifestement dès lors qu'elle a considéré dans le §216 que

« le champ de compétence de ce Tribunal (...) est limité, en vertu de l'article 52 (sic) de la Convention CIRDI et de l'article 55 (sic) du Règlement d'arbitrage du CIRDI, exclusivement au «différend» ou aux parties de celui-ci qui demeurent après l'annulation. Ces termes ne peuvent être interprétés que comme une référence au «différend» qui avait été initialement soumis à l'arbitrage, différend pour lequel la date critique était la requête d'arbitrage initiale des Demanderesses. Les questions qui ont surgi entre les Parties après cette date – et a fortiori les questions découlant d'une conduite postérieure à la Sentence – ne peuvent pas, même avec un gros effort d'imagination, entrer dans le champ de la procédure de nouvel examen en vertu des dispositions citées ci-dessus, et le Tribunal estime qu'il n'est pas nécessaire d'en dire plus sur cette question dans la présente Sentence. »

35. Au-delà de la contradiction de motifs manifeste, cette affirmation est également une violation flagrante

⁷⁵ Pièce C20, Décision du 1^{er} Comité *ad hoc* du 18 décembre 2012, §266

⁷⁶ Pièce C9f, SR, §188

⁷⁷ Ibid., §244

- de l'autorité de la chose jugée de la SI, dont les points 1 à 3 du Dispositif établissent la compétence du Tribunal se fondant, entre autres, sur la reconnaissance par l'État du Chili de l'invalidité de la confiscations des biens de CPP S.A. devant le TI le 6 mai 2003⁷⁸,

- de l'article 2(2) de l'API, qui confère compétence au Tribunal arbitral sur les « *investissements réalisés antérieurement à son entrée en vigueur et qui, selon la législation de la Partie contractante concernée, auraient la qualité d'investissement étranger* », comme c'est le cas d'espèce⁷⁹,

- de l'article 10(1) de l'API, qui confère au Tribunal arbitral la compétence pour trancher « *Toute controverse relative aux investissements, au sens du présent Traité* »⁸⁰,

- est incompatible avec la motivation et les Dispositifs de la SI et de la Décision du 1er Comité *ad hoc*, qui ont établi la compétence du Tribunal arbitral sur les questions surgies après l'entrée en vigueur de l'API le 29 mars 1994, conformément aux articles 48(3)⁸¹ et 52(4)⁸² de la Convention du CIRDI et à l'article 10(5) de l'API,

- est incompatible avec l'art. 53(1) de la Convention du CIRDI, qui dispose que « *la sentence est obligatoire à l'égard des parties et ne peut être l'objet d'aucun appel ou autre recours, à l'exception de ceux prévus à la présente Convention* »,

- est incompatible avec la Règle d'arbitrage 55(3), 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,* »

- est incompatible, également, avec les prétentions des Demanderesses devant le TR telles que résumées au §55 de la SR :

« Les Demanderesses reconnaissent que les parties non annulées de la Sentence Initiale ont autorité de la chose jugée et qu'elles ne peuvent pas donner lieu à un nouvel examen, en particulier celles qui portent sur la compétence du Tribunal pour connaître du différend opposant les parties, et sur les violations par la Défenderesse de ses obligations aux termes du TBI. Les Demanderesses maintiennent toutefois que, dès lors qu'il ne s'agit pas de demandes nouvelles, l'introduction de nouvelles informations ou de nouveaux faits apparus après le prononcé de la Sentence ('intervening effects') est admissible » [citations omises]

36. Par contre, la conclusion liminaire exprimée au §216 de la SR trouve sa raison d'être et son sens dans les prétentions de l'État du Chili que la Décision du 1^{er} Comité *ad*

⁷⁸ **Pièce C2**, SI, §§665-674, 677, 678 et notes de bas de page 617 et 623

⁷⁹ Voir **pièce C2**, SI, §§231, 560 et **pièce C20**, Décision du 1^{er} Comité *ad hoc*, §226

⁸⁰ **Pièce C3**

⁸¹ Article 48: "De la sentence. (...) (3) La sentence doit répondre à tous les chefs de conclusions soumises au Tribunal et doit être **motivée**" [soulignement ajouté]

⁸² Article 52(4) : « Les dispositions des articles 41-45, 48, 49, 53 et 54 et des chapitres VI et VII s'appliquent mutatis mutandis à la procédure devant le Comité ».

hoc a rejetées, confirmant de la sorte l'autorité de la chose jugée des points 1 à 3 du Dispositif de la SI et leurs fondements, à savoir :

Décision du 1^{er} Comité *ad hoc* :

«3. Défaut de motifs

« 204. Les principales questions soulevées par le Chili en ce qui concerne la demande fondée sur le « déni de justice » au regard de l'article 52(1)(e) sont celles de savoir si le Tribunal n'a pas indiqué les raisons pour lesquelles :

- *il a conclu que les Demanderesses avaient bien présenté la demande particulière fondée sur le « déni de justice » dont le Tribunal a jugé le Chili responsable (...); et*
- *il a conclu qu'il existait bien un « déni de justice » sur le seul fondement de la durée de la procédure judiciaire locale (...)*

« 205. Le Chili soutient notamment, à l'appui de ce motif d'annulation, que :

“494. In the end, and Claimants’ protestations notwithstanding, the only real “reason” the Tribunal offered in its Award for its finding of a “denial of justice” was that seven years was too long to wait for a final merits decision. (...)

“495. Given the foregoing, on this point the Award again sets forth a stated “reason” that in fact does not amount to a reason at all within the meaning of Article 52(1)(e); insofar as it fails to articulate the totality of the premises that are necessary to lead to its conclusion. Due to the absence of reasons for its finding of denial of justice, the Award should be annulled. [Caractères italiques dans l’original]” [Citations omisses] (...)

« Analyse du Comité

« 207. Le Comité est d'accord avec les Demanderesses. Le Tribunal a amplement motivé sa conclusion quant à l'existence d'un déni de justice, qu'il a développée longuement dans sa Sentence. La demande en annulation présentée par la Défenderesse sur le fondement de ce motif est par conséquent rejetée. »

« E. Discrimination

« (1) Inobservation grave d'une règle fondamentale de procédure

« (i) Principe du contradictoire

« 208. De la même façon que pour la demande fondée sur un prétendu « déni de justice », la principale question soulevée par le Chili au regard de cet aspect de l'article 52(1)(d) est celle de savoir si les Demanderesses ont effectivement présenté la demande particulière fondée sur la discrimination dont le Tribunal a jugé le Chili responsable – dans ce cas, sur le fondement de l'article 4 de l'API Chili-Espagne – en raison de l'adoption par le Chili de la Décision n° 43.

209. En ce qui concerne la demande fondée sur la discrimination, le Chili soutient que, étant donné que cette demande n'a jamais été spécifiquement soumise par les Demanderesses, le Chili n'a jamais eu la possibilité de se défendre. Il fait valoir les arguments suivants :

“110. Although Claimants had asserted a claim for discrimination due to Decision 43 under Article 3 (the specific “discrimination” provision) and Article 5 (the expropriation provision) of the Chile-Spain BIT—all as part of Claimants’ theory of a “continuing” expropriation—the Tribunal in the Award explicitly rejected all of Claimants’ discrimination claims pursuant to Articles 3 and 5. However—and in direct contrast to the Tribunal’s finding in the Decision on Provisional Measures that the execution of Decision 43 could *have no effect* on Claimants’ rights under the BIT—the Tribunal found Chile liable under Article 4 (the fair and equitable treatment provision) for discrimination in connection with Decision 43.

“111. This finding of discrimination, which the Tribunal stated was based “aux termes de son appréciation des preuves et de son analyse juridique,” rested on the fact that Chilean authorities had compensated as the owners of *El Clarín* the successors of the four registered shareholders of CPP pursuant to an administrative proceeding in which Mr. Pey had knowingly and voluntarily waived his right to participate.

“112. As Chile explained in its Memorial, the Tribunal’s “understanding of the evidence” and “legal analysis” was not, as required by the ICSID Convention and Arbitration Rules, based on any claim for discrimination actually asserted by Claimants under the fair and equitable treatment clause of the BIT. Claimants never asserted—either orally or in writing—any Decision 43-related, Article 4-based discrimination claim of the sort that formed the basis for the Award. [Caractères italiques dans l’original] (...)

« 211. En bref, le Chili affirme que, chaque fois que les Demanderesses se sont référées à la Décision n° 43 dans des argumentations ultérieures, c’était toujours dans le cadre de demandes au titre de la confiscation. » [Soulignement ajouté] (...)

« Analyse du Comité

215. Le Comité observe que le Tribunal fait référence dans sa Sentence aux positions des parties sur la demande fondée sur la discrimination. Pour ce qui est des Demanderesses, le Tribunal se réfère à leurs écritures du 11 septembre 2002 et du 23 février 2003 ainsi qu’à leurs plaidoiries lors de l’audience de janvier 2007. S’agissant de la Défenderesse, en ce qui concerne la Décision n° 43, le Tribunal ne mentionne que quelques remarques faites par le conseil de la République lors des audiences de 2003 et de 2007 ainsi qu’une page en tout dans le Mémoire d’incompétence de la Défenderesse du 20 juillet 1999 et dans le Contre-mémoire de la Défenderesse sur la compétence et le fond du 3 février 2003.

216. Comme expliqué ci-dessus dans le cadre de la demande fondée sur le déni de justice, le Comité considère que les Demanderesses ont présenté une demande fondée sur la discrimination en ce qui concerne la Décision n° 43. (...) »

[Fin de la citation de la Décision du 1^{er} Comité *ad hoc*]

37. Cette prétention consistant à interpréter le fondement des demandes formulées par les Demanderessees comme étant « *la confiscation* » de 1975, prétention que la SI et le 1^{er} Comité *ad hoc* ont catégoriquement rejetée, le Chili l'a réitérée devant le TR⁸³ qui, enfreignant la *res iudicata* de la SI et de la Décision du 1^{er} Comité *ad hoc*, l'a acceptée dans les fondements des points 1 à 7 du Dispositif, notamment sous la forme suivante:

Sentence de resoumission :

- a. « *la Défenderesse a présenté la question d'une manière différente, en soutenant que, si les Demanderessees pouvaient être présumées avoir subi quelque dommage, la cause immédiate du dommage était constituée par leurs propres actes, rompant ainsi le lien de causalité (...) Le Tribunal estime que les arguments avancés par la Défenderesse sont parfaitement fondés.* »⁸⁴
- b. « *(...) 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 Demanderessees relatifs aux dommages qui étaient fondées directement ou implicitement sur la valeur de confiscation de l'investissement initial, comme étant diamétralement contraires aux parties de la Sentence Initiale assorties de l'autorité de la chose jugée et à la Décision sur l'annulation rendue par le Comité ad hoc. [Sic, toutes les prétentions et tous les argument des Demanderessees sont fondés sur la violation de l'API survenue le 28 avril 2000 avec la Décision n° 43 et le déni de justice qui lui est lié, voir *infra* les §§38, 39, 43-46, 115-122],*
- c. « *(...) Au cœur des objections de la Défenderesse figure l'affirmation réitérée que l'ensemble des arguments des Demanderessees, d'une manière ou d'une autre, représentent des tentatives de réintroduire leur demande initiale fondée sur la confiscation d'El Clarin (...),* »⁸⁵
- d. « *(...) le Tribunal ne pouvait clairement pas permettre que la demande initiale fondée sur la confiscation soit de nouveau soumise de manière détournée sous couvert d'une violation du traitement juste et équitable subie plusieurs années plus tard ; cela ne pouvait pas être justifié ni en fait ni en droit, et était en tout état de cause formellement exclu par l'effet combiné de la Sentence Initiale et de la Décision sur l'annulation »*⁸⁶ [Sic, voir 29 et ss et *infra* la section 4.1 et les §§167-178, 189-195]

[Fin de la citation de la SR]

⁸³ Voir dans la **pièce C9f**, SR, dans les §§133, 138, 139, 140, 142, 145, 149, 150, 151, 154, 155, 164, 191, 193, 222, 232, 240, une référence généralement inexacte de la part de l'État Défendeur axée sur la prétendue «confiscation», selon lui, à la place du manquement au traitement juste et équitable, en ce compris le déni de justice, allégués par les Demanderessees

⁸⁴ **Pièce C9f**, SR, §§232 in fine et 233

⁸⁵ **Ibid**, §222

⁸⁶ **Pièce C9f**, SR, §236 et 244

4.1 L'inapplication absolue des article 2(2) et 10(4) de l'API, de l'article 42(1) de la Convention, de la *res iudicata* de la SI et de la Décision du 1^{er} Comité *ad hoc* relative à la compétence *ratione temporis* du Tribunal arbitral

38. La compétence *ratione temporis* du Tribunal arbitral est définie à l'article 2 de l'API en ces termes:

“Article 2. Soutien, admission 1. Chacune des Parties soutiendra, dans la mesure du possible, les investissements effectués dans son territoire par des investisseurs de l'autre Partie et admettra ses investissements conformément à ses dispositions légales.

*2. **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.***

3. Il ne s'appliquera pas, néanmoins, aux controverses ou réclamations surgies ou résolues antérieurement à son entrée en vigueur.» [Soulignement ajouté].

39. La SI, *res iudicata* a interprété cet article dans des termes qui sont obligatoires pour les parties, le TR et le présent Comité *ad hoc*, à savoir :

*« §423. L'application dans le temps du traité soulève deux questions distinctes : celle de la compétence *ratione temporis* du Tribunal arbitral saisi sur le fondement de l'API et celle de l'applicabilité *ratione temporis* des obligations de fond de l'API.*

*« §428. Le Tribunal ne pourra se déclarer compétent *ratione temporis* que si l'investissement des parties demanderesse est couvert par l'API au moment des faits litigieux et si le ou les différends invoqués sont eux-mêmes couverts par l'API.*

« §432. Le seul objet de l'article 2.2 de l'API Espagne-Chili est de définir les investissements protégés par le traité. En l'occurrence, il ne fait pas de doute que les conditions posées par ce texte sont satisfaites. L'investissement en question, effectué par M. Pey Casado en 1972 et ayant la qualité d'investissement étranger conformément à la législation chilienne, est bien couvert par l'API.

*« 434. L'article 2.3 de l'API prévoit que celui-ci 'ne s'appliquera pas, néanmoins, aux controverses ou réclamations surgies ou résolues antérieurement à son entrée en vigueur'. Le Tribunal ne pourra donc se déclarer compétent *ratione temporis* que s'il est en présence de 'controverses' ou de 'réclamations' survenues postérieurement à l'entrée en vigueur de l'API.*

« §436. Il ressort en effet de l'examen des écritures que les parties ont fini par s'entendre sur la signification à donner au terme « réclamations », équivalent du terme anglais *claims*, et correspondant ici à une demande formée par l'une des parties pour faire valoir ses droits. Le débat sur la définition du terme « controverses » doit en revanche être tranché: si le terme «controverses» est considéré par les deux parties comme synonyme de « différends », les parties sont cependant en profond désaccord sur le sens et la portée qui doivent être conférés à ce terme

« §438. Pour la défenderesse, le seul différend qui puisse être identifié dans cette affaire est né bien avant l'entrée en vigueur de l'API. La défenderesse prétend en effet déduire des dispositions de l'API, et notamment de son article 10, que 'la controverse est un conflit ou différend juridique qui n'a pas besoin, selon le TBI, d'être présentée à une partie par l'autre partie' ».

40. L'État du Chili a soutenu devant le TR, à des fins de réfutation, la même acception du terme « controverse » que celle qu'il avait soutenue, à des fins d'affirmation, devant le TI et le 1^{er} Comité *ad hoc*, à savoir que **les controverses** relatives à la demande de compensation du dommage causé par la violation de l'API, le 28 avril 2000 et après, seraient une manière d'introduire de manière déguisée **le fait** de la saisie de l'investissement en 1973 et de sa confiscation en 1975, comme l'affirme, avec approbation, la SR pour fonder les points 2 à 8 du Dispositif:

§193: « La Défenderesse, pour sa part, rejette le fondement de chacun des arguments ci-dessus, bien que pour des motifs différents dans chaque cas : en ce qui concerne la fair market value des biens saisis, la Défenderesse déclare qu'il ne s'agit ni plus, ni moins que d'un retour aux demandes fondées sur la confiscation qui ont été expressément rejetées par le Tribunal Initial car elles n'entraient pas dans son champ de compétence *ratione temporis* ; en ce qui concerne l'argument subsidiaire fondé sur l'enrichissement sans cause, la Défenderesse réitère que celui-ci renvoie encore une fois à la confiscation initiale, bien qu'il soit fondé sur une théorie de 'confiscation continue', qui est également incompatible avec les portions non annulées de la Sentence Initiale ; et quant au préjudice moral, la Défenderesse avance que (...) l'argumentation (...) encore une fois [a] invoqué des liens avec la confiscation initiale)... »,

§222 : « (...) Au cœur des objections de la Défenderesse figure l'affirmation réitérée que l'ensemble des arguments des Demanderesses, d'une manière ou d'une autre, représentent des tentatives de réintroduire leur demande initiale fondée sur la confiscation d'El Clarín. »

En acceptant cette prétention de l'État Défendeur, qui constitue l'un des fondements des points 3 à 5 du Dispositif de la SR, celle-ci a enfreint l'autorité de la chose jugée des conclusions citées *supra* de la SI et du 1^{er} Comité *ad hoc*:

Sentence de resoumission :

§195 : constitue « un obstacle insurmontable » le «souhait des Demanderesses de faire valoir maintenant un droit à des dommages-intérêts qui, par essence, est fondé sur cette dépossession initiale [sic], en recourant, à titre d'élément essentiel de sa demande, à la valeur des biens alors confisqués. »

[On remarquera que la SR modifie ici la *causa petendi* des Demanderesses et identifie la date du commencement de l'estimation du montant de l'indemnisation avec la date de l'établissement de la compétence.]

§240 : « (...) la Défenderesse soutient que, quels que soient les mérites et les faiblesses des calculs particuliers de M. Saura [l'expert des Demanderesses], ils échouent tous car ils ne sont rien de plus que des approches alternatives pour mesurer la valeur en capital des biens confisqués ainsi que les profits retirés de leur utilisation, ce qui ne serait recevable qu'en présence d'une demande valable fondée sur l'expropriation. Encore une fois, le Tribunal est d'accord avec cette critique. Une demande fondée sur la confiscation d'El Clarin et des actifs s'y rattachant est exclue, avec l'autorité de chose jugée, par la Sentence Initiale et la Décision sur l'annulation ; la seule compensation pouvant être accordée dans la présente procédure de nouvel examen est au titre des violations particulières établies par le paragraphe 2 du dispositif de la Sentence Initiale qui, comme l'a conclu le Tribunal ci-dessus, ne peut pas être utilisé comme un moyen détourné de réintroduire [sic] sous une autre forme la demande fondée sur l'expropriation qui a été rejetée. »

41. Or la SI avait rejeté, sur le fondement notamment de l'article 2(2) de l'API, la prétention de l'État de confondre la date des faits survenus en 1973 et 1975, à savoir la saisie suivie de la confiscation à l'origine du différend, tant, d'une part, avec la date de survenance du différend -qui en réalité est intervenu après l'entrée en vigueur de l'API – que, d'autre part, avec la date à partir de laquelle le Tribunal pouvait prendre des données en considération:

Sentence initiale :

« §438. Pour la défenderesse, le seul différend qui puisse être identifié dans cette affaire est né bien avant l'entrée en vigueur de l'API. La défenderesse prétend en effet déduire des dispositions de l'API, et notamment de son article 10, que « la controverse est un conflit ou différend juridique qui n'a pas besoin, selon le TBI, d'être présentée à une partie par l'autre partie ».358⁸⁷ Cette interprétation serait confirmée par le procès-verbal des réunions techniques qui ont eu lieu entre les représentants du Chili et de l'Espagne les 29, 30 septembre et le 1er octobre 1998,359⁸⁸ à l'initiative du Chili, afin de préciser le sens et la portée de certaines dispositions de l'API.360⁸⁹ Selon la défenderesse, l'article 2.3 de l'API

⁸⁷ [358 Note de plaidoirie de l'État du Chili relative aux audiences des 29 et 30 octobre 2001, p. 72]

⁸⁸ [359 Le procès-verbal du 1er octobre 1998 contient une interprétation des termes de l'article 2.3 de l'API: «Les parties accordent que les mots ' controverse ' et ' réclamation ' ne sont pas synonymes, mais qu'ils définissent des situations différentes. Le mot 'controverse'» devra être interprété comme discussion ou conflits d'intérêts, ce qui laisse constance indubitable, que ce soit ou non produite l'action en réclamation. S'entend par 'réclamation' l'action ou l'effet de réclamer, ceci est, protester contre une chose, ou s'opposer à celle-ci de mode verbal ou écrit ».]

⁸⁹ [360 V. mémoire d'incompétence de la défenderesse du 20 juillet 1999, pp. 58-59 et la transcription de l'audience du 1er octobre 1998 en annexe 15 à ce mémoire. La défenderesse fait valoir notamment que son initiative est compatible avec l'article 10.6 de l'API puisqu'elle a pris contact le 25 août 1998 avec les autorités espagnoles pour solliciter une réunion relative à l'interprétation de l'API, avant la constitution du Tribunal au mois de septembre 1998 (v. mémoire en réplique sur l'incompétence du 27 décembre 1999, p. 77). Par ailleurs, le fait que Me Banderas, représentant du Chili dans la présente procédure, ait pu conduire la délégation chilienne présente aux réunions techniques des 29, 30 septembre et 1er octobre 1998 n'aurait rien de frauduleux puisque la conduite de ce type de négociation relève des fonctions habituelles de Me Banderas (v. mémoire en réplique sur l'incompétence du 27 décembre 1999, p. 78).]

doit être compris comme excluant les controverses et les réclamations nées des actes qui se seraient produits avant l'entrée en vigueur de l'API.³⁶¹⁹⁰ Or, en l'espèce, « le différend juridique, objet du présent arbitrage, [serait] né le 10 février 1975 », date à laquelle a été adopté le décret de confiscation des biens des sociétés CPP S.A. et EPC Ltda. Selon l'État défendeur, les demanderesses l'auraient elle-même admis en affirmant que « le différend juridique exposé ici découle directement de l'investissement de M. Victor Pey Casado, confisqué par le Décret N°165 du 10 février 1975 [...] ». ³⁶²⁹¹

« §439. (...) Les demanderesses contestent enfin « la valeur » du procès-verbal du 1er octobre 1998 invoqué par la défenderesse au motif que celui-ci serait contraire à l'article 10.6 de l'API³⁶⁸⁹² et aurait été obtenu frauduleusement par les autorités chiliennes.³⁶⁹⁹³

«(b) Conclusions du Tribunal

« §440. À titre préliminaire, le Tribunal entend se prononcer sur l'interprétation des termes de l'article 2.3 consignée dans le procès-verbal des réunions techniques des 29, 30 septembre et 1er octobre 1998 entre l'Espagne et le Chili, organisées à la demande de ce dernier. L'initiative de l'État défendeur, visant à organiser une rencontre entre les représentants des deux États parties au traité afin de s'entendre sur l'interprétation de certains de ses termes, est intervenue après l'introduction de la requête d'arbitrage (3 novembre 1997) et son enregistrement (20 avril 1998). Comme il a déjà été indiqué, il s'agit là d'un acte incompatible avec les dispositions de l'article 10.6 de l'API qui imposent aux États parties de s'abstenir « d'échanger, au travers des canaux diplomatiques, des arguments concernant l'arbitrage ou une action judiciaire déjà entamée jusqu'à ce que les procédures correspondantes aient été conclues ». Il est clair que l'interprétation de l'article 2.3 de l'API entre dans la catégorie des « arguments concernant l'arbitrage » échangés postérieurement à l'introduction de la procédure. En conséquence, le Tribunal ne tiendra pas compte de l'interprétation figurant dans le procès-verbal litigieux, sans pour autant préjuger du bien-fondé de cette dernière. »

« Nbp270 (...) 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. »

[Fin de la citation de la SI]

42. La SI a conclu en conséquence:

⁹⁰ [361 V. contre-mémoire de la défenderesse du 3 février 2003, p. 144.]

⁹¹ [362 Mémoire en réplique sur l'incompétence du 27 décembre 1999, p. 64. V. également note de plaidoirie de l'État du Chili relative aux audiences des 29 et 30 octobre 2001, pp. 74 et ss.]

⁹² [368 V. réplique à la réponse soumise par la République du Chili au contre-mémoire réfutant le déclinatoire de compétence, du 7 février 2000, pp. 25-26.]

⁹³ [369 V. réplique à la réponse soumise par la République du Chili au contre-mémoire réfutant le déclinatoire de compétence, du 7 février 2000, pp. 26-27.]

§446 : « (...) Les demanderesses ont précisé à plusieurs reprises qu'il fallait distinguer le différend et les faits à l'origine du différend. Le Tribunal partage cette analyse. Comme l'a récemment rappelé le tribunal arbitral constitué dans l'affaire Duke Energy, 'What is decisive of the Tribunal's jurisdiction *ratione temporis* is the point in time at which the instant legal dispute between the parties arose, not the point in time during which the factual matters on which the dispute is based took place' ».

43. Le 1^{er} Comité *ad hoc* a également rejeté la prétention de l'État de refuser que ces faits survenus en 1973 et 1975, avant l'entrée en vigueur de l'API, puissent être présentés par les Demanderesses pour évaluer le montant des dommages quand bien même ils ne pourraient l'être pour établir la compétence -celle-ci relevant de faits postérieurs à l'entrée en vigueur de l'API le 29 mars 1994_ :

Décision du 1^{er} Comité *ad hoc* : (...)

« §266. (...) Même si le Tribunal a bien utilisé des éléments objectifs pour l'évaluation des dommages-intérêts (les données communiquées et débattues par les parties), à aucun moment il ne s'est référé à des arguments invoqués par l'une ou l'autre des parties. Comme elles l'ont expliqué dans leur Contre-mémoire sur l'annulation⁹⁴, **les Demanderesses ont soutenu, lors de l'audience de janvier 2007, que l'indemnisation due était équivalente à celle résultant de la confiscation [en 1975], étant donné que la violation de l'API par le Chili avait pour conséquence d'empêcher les Demanderesses d'obtenir une indemnisation au titre de la confiscation. 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 [le 28 avril 2000], et il a accordé le montant fixé par la Décision n° 43. »**⁹⁵

§271 *in fine* : « 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 et caractères appuyés ajoutés]

C'est-à-dire que le TI pouvait légitimement choisir de déterminer lui-même le *quantum* à partir d'éléments objectifs pourvu qu'il ne se contredise pas et tienne compte, dans son raisonnement, des positions des parties. Comme affirme le prof. Zacharias Douglas :

*Can a delay of five years in progressing a domestic adjudication, for instance, amount to a denial of justice? The answer must be that it depends on the substantive rights in play*⁹⁶.

[Soulignement ajouté]

⁹⁴ [201 Voir C-Mém. Dem. Annul., § 613.] Il s'agit de la Duplique des Demanderesse du 28 février 2011 qui figure dans la pièce C40

⁹⁵ **Pièce C20**, Décision du 1^{er} Comité *ad hoc* du 18 décembre 2012, §266

⁹⁶ **Pièce C401**, Douglas (Z.), *International Responsibility For Domestic Adjudication: Denial Of Justice Deconstructed*. *International and Comparative Law Quarterly*, September 2014, page 4

En l'espèce le droit substantif en jeu devant le 1^{er} Tribunal civil de Santiago depuis le 4 octobre 1995 était la nullité de droit public, *ab initio*, du Décret 165 de 1975, que le Jugement devait impérativement constater en vertu de l'article 4 de la Constitution de 1925 et de l'article 7 de celle de 1980 et dont la paralysie a empêché que le TI en prenne connaissance.

44. Cette interprétation de l'article 2(2) de l'API dans la Sentence initiale et dans la Décision du 1^{er} Comité *ad hoc* est également applicable à la demande soumise aux controverses surgies entre les parties après le 28 avril 2000 relatives à ce que le montant de l'indemnisation réclamée par les Demanderesses pour violation de l'article 4 de l'API du fait de la Décision 43 était équivalente au montant qui aurait résulté de l'application des méthodes d'évaluation du dommage établis pour la violation de l'article 5 de l'API à ces mêmes dates de 2000 et après, dans les termes retenus avec approbation dans les §§266 et 271 *in fine* de la Décision du 1^{er} Comité *ad hoc* cités *supra*.
45. La seule autre interprétation par un Tribunal arbitral existante à ce jour de l'article 2(2) de l'API Espagne-Chili est intervenue dans l'affaire initiée par l'entreprise espagnole *Vieira* contre l'État du Chili.⁹⁷ Dans celle-ci le comité *ad hoc*, tout comme en 2012 le 1^{er} Comité *ad hoc* dans le présent arbitrage, a remarqué que **des faits survenus avant l'API peuvent être présentés pour évaluer le montant des dommages quand bien même ils ne pourraient l'être pour établir la compétence** -celle-ci relevant de faits postérieurs à l'entrée en vigueur de l'API.

Le débat devant le comité *ad hoc* de l'affaire *Vieira* – avec les mêmes conseils du Chili que dans la présente procédure - a eu lieu dans les termes suivants :

« §326. *Ce que la Demanderesse critique est le fait que le Tribunal ait soutenu que : « ...si Vieira réclame le paiement de dommages et intérêts à partir de 1990 [avant l'entrée en vigueur de l'API Espagne-Chili] il ne saurait qu'être conclu qu'en tout cas le fait illicite attribuable au CHILI a eu lieu à cette même date (...).* »⁹⁸

La Décision du comité *ad hoc* de l'affaire *Vieira* a établi une distinction entre l'identification de la date du commencement de l'estimation du montant de l'indemnisation et la date de l'établissement de la compétence :

« 327. *Il pourrait parfaitement être considéré que l'utilisation des faits présentés par une partie à une fin déterminée (des faits présentés pour évaluer les dommages et non pour invoquer la compétence) ne peuvent être utilisés par le Tribunal afin d'appuyer ses conclusions quant à la compétence (le fait que, dans la présente instance, la demande*

⁹⁷ **Pièce C217**, Décision du comité *ad hoc* du 10 décembre 2010 dans l'affaire *Vieira c. le Chili*, CIADI No. ARB/04/7), prononcée par M. Christer Söderlund et les Profs. Piero Bernardini et Silva Romero. M. Bernardini a fait également partie du comité *ad hoc* qui a interprété et appliqué l'API Espagne-Chili dans la Décision du 18 décembre 2012 de l'affaire *Pey Casado et Fondation Président Allende c. l'État du Chili*

⁹⁸ «§326. Lo que la Demandante critica es que el Tribunal haya sostenido que: "...si Vieira reclama el pago de daños y perjuicios desde 1990 no puede sino concluirse que en todo caso el hecho ilícito atribuible a CHILE tuvo lugar en esa misma fecha (...).»

s'élèverait à des sommes qui ont été calculées par la Demanderesse sur la base de certaines activités à partir de 1990 ne paraît pas exclure le fait que les dommages aient été causés par des faits différents).»⁹⁹

[Soulignement ajouté]

En outre, comme on vient de le voir, dans les circonstances spécifiques de la présente affaire *FPA et Pey c. le Chili* la Décision du 1^{er} Comité *ad hoc* a également considéré conforme aux articles 2(2) et 2(3) de l'API la prétention soumise par les Demandereses quant à l'équivalence des *montants des dommages* pour la violation à partir du 28 avril 2000 de l'article 4 (Traitement Juste et Equitable et déni de justice) ou de l'article 5 de l'API.

En conséquence, lorsque dans la procédure de réexamen les experts des Demandereses, en estimant la *fair market value* de CPP S.A. à la date du 8 mai 2008¹⁰⁰, ont pris en compte la valeur de l'investissement à la veille de sa saisie ils n'invoquaient nullement une question de compétence du Tribunal arbitral sur les faits survenus en 1973 - la saisie violente par des troupes insurgées - ou en 1975 - la confiscation de de l'investissement par le Décret 165.

46. Conclusion : la SR a enfreint l'autorité de la chose jugée des conclusions citées de la SI et du 1^{er} Comité *ad hoc*, de même que les articles 2(2) et 4 de l'API et 42(1) et 53(1) de la Convention, dès lors que le fondement des points 3 à 7 du Dispositif est qu'il se déduirait de ce que le *dies a quo* de l'évaluation du dommage a été le 10 septembre 1973 qu'il devrait en être conclu que le fait illicite attribuable à l'État Défendeur, les actes enfreignant l'article 4 de l'API, ne pourraient qu'avoir eu lieu à cette même date, et non à la date du 28 avril 2000 et après.

4.2 **L'inapplication absolue des articles 10(1) et 10(4) de l'API, de l'article 42(1) de la Convention et de la *res iudicata* de la SI et de la Décision du 1^{er} Comité *ad hoc* relative à la compétence *ratione materiae* du Tribunal arbitral**

47. L'article 10(1) de l'API Espagne-Chili dispose:

« Conflits entre l'une des Parties et des investisseurs de l'autre Partie. 1. Toute controverse relative aux investissements, au sens du présent Traité, entre une Partie contractante et un

⁹⁹ *Ibid*, §327. *Podría perfectamente considerarse que el uso de hechos presentados por una parte para un efecto determinado (hechos presentados para evaluar los daños y no para invocar la jurisdicción) no pueden ser utilizados por el Tribunal para apoyar sus conclusiones en cuanto a la jurisdicción (el hecho de que, en esta instancia, la demanda se eleve a unas sumas que fueron calculadas por la Demandante sobre la base de ciertas anualidades a partir de 1990 no parecería excluir el hecho de que los daños hayan sido causados por distintos hechos).*

¹⁰⁰ **Pièce C9f**, SR, §89 : « [Les Demandereses] font valoir que, en l'espèce, les violations répétées commises par la Défenderesse jouent en faveur du choix de la date de la Sentence Initiale, soit le 8 mai 2008, comme date critique à laquelle doit être déterminée la *fair market value* des sociétés »

investisseur de l'autre Partie contractante sera, dans la mesure du possible, résolue par des discussions amiables entre les deux parties à la controverse. »

48. « *Toute controverse...* » n'a pas d'autre exigence que son rapport à l'investissement, l'API Espagne-Chili protégeant aussi bien l'investissement que l'investisseur (voir les arts. 4, 5, 6 et 7). En l'espèce, la notion de « controverse » dans l'API Espagne-Chili a été établie dans la SI avec force obligatoire pour les parties.

En effet, la compétence du Tribunal arbitral *ratione materiae* étant établie dans le Dispositif de la SI et aux articles 1(2) et 10(1) de l'API et 25(1) de la Convention du CIRDI, la volonté des Demanderesses de soumettre à l'arbitrage la détermination du montant de l'indemnisation pour le préjudice causé à partir du 28 avril 2000 doit être impérativement respectée par le TR de même que par l'État du Chili (*pacta sunt servanda*).

Dans la Demande en resoumission du 18 juin 2013¹⁰¹ les Demanderesses ont précisé :

§50. « *Ainsi à la question de savoir si les investissements réalisés par M. Pey avaient bénéficié d'un traitement juste et équitable, le Tribunal [initial] a répondu par la négative aux motifs que (i) M. Pey avait démontré être le propriétaire des biens confisqués par les autorités militaires chiliennes, ce qui était d'ailleurs confirmé par un jugement interne du 29 mai 1995*¹⁰², *(ii) les autorités chiliennes avaient admis à de nombreuses reprises leur intention de rétablir la légalité et de réparer les dommages causés aux victimes du gouvernement militaire*¹⁰³, *(iii) M. Pey n'a pas bénéficié de ce traitement, celui-ci voyant au contraire rejeter ses revendications*¹⁰⁴, *(iv) la République du Chili a indemnisé d'autres personnes pour la confiscation illégale de ces biens alors qu'elles n'en étaient pas les propriétaires*¹⁰⁵. »

Dans le Mémoire du 27 juin 2014¹⁰⁶ :

§225. « *Comme l'a souligné le Tribunal arbitral [initial]*¹⁰⁷, *l'invalidité des confiscations et le devoir d'indemnisation corrélatif ont été clairement admis par la Défenderesse dans le cadre de la procédure arbitrale. »*

Dans le Mémoire en réplique du 9 janvier 2015¹⁰⁸ :

¹⁰¹ **Pièce C83**

¹⁰² « 48 Sentence, §§ 77, 159, 163, 210, 214, 215, 444. Il s'agit de la Décision de la 8ème Chambre Criminelle de Santiago de restituer à M. Victor 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 (pièce n° 18 de la Requête d'arbitrage initiale) »

¹⁰³ « 49 Sentence, §§ 667 et 668 »

¹⁰⁴ « 50 Sentence, § 669 »

¹⁰⁵ « 51 Sentence, § 674 »

¹⁰⁶ **Pièce C8**

¹⁰⁷ « 154. Pièce ND06, Sentence du 8 mai 2008, § 667. »

¹⁰⁸ **Pièce C40**

§295. « Malgré la pertinence évidente de la décision, par laquelle le Tribunal initial a contraint l'État du Chili de donner acte à ses multiples déclarations qu'elle respecterait les droits des personnes assujetties à des confiscations nulles *ab initio* conformément à la Constitution¹⁰⁹, la Défenderesse tente encore une fois de mettre en question ses obligations ex API. »

§296. « Pour l'État du Chili, les investisseurs n'auraient droit à aucune compensation pour la violation de leurs droits. Cette position extrême, si elle était acceptée, aurait pour effet de vider la décision du Tribunal initial de tout sens. »

Lors des audiences d'avril 2015 :

« Le Tribunal [initial] poursuit avec le paragraphe 667, qui est l'un des paragraphes-clés, dans lequel le Tribunal dit que l'invalidité des confiscations et le devoir d'indemnisation qui est lié à cette invalidité des confiscations est reconnu expressément par le Chili. Il cite, notamment en note 617 de bas de page de la Sentence, le représentant du Chili, Me Castillo, lors de l'audience du 6 mai 2003, et je cite :

'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'.¹¹⁰

(...)

Par la suite, que fait le Tribunal initial ? Le Tribunal constate, qu'alors que le Chili s'est engagé dans un processus de réparation, les Demanderesses n'ont pas bénéficié de cette politique d'indemnisation. C'est ce qui ressort du paragraphe 669 de la Sentence.

Et c'est à partir de là que le Tribunal conclut que :

'Les Demanderesses ont subi un traitement discriminatoire et que cela constitue une violation au titre de l'article 4 du Traité de protection des investissements, qui garantit un traitement juste et équitable'.¹¹¹

C'est donc bien le traitement différencié de M. Pey en tant qu'investissement étranger par rapport à d'autres personnes que le Tribunal vient sanctionner. Et c'est ce qui résulte également de la conclusion du Tribunal qui est le paragraphe 674, qui a été souvent cité aujourd'hui, mais qui revêt des informations très importantes et qui dit, je le rappelle encore une fois :

¹⁰⁹ « 329. Comme noté par le Tribunal initial dans sa Sentence du 8 mai 2008, ¶ 668 - 9 : 'Après le rétablissement au Chili d'institutions démocratiques et civiles, les nouvelles autorités ont proclamé publiquement leur intention de rétablir la légalité et de réparer les dommages causés par le régime militaire [...] Le Tribunal arbitral ne peut que prendre note avec satisfaction de telles déclarations, qui font honneur au Gouvernement chilien. Malheureusement, cette politique ne s'est pas été traduite dans les faits, en ce qui concerne les demanderesses' ».

¹¹⁰ **Pièce C43**, page 43, lignes 12-20

¹¹¹ **Ibid.**, page 44, lignes 25-31

‘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 les 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’.

Ce paragraphe 674 fait référence, bien sûr, d'une part à la Décision 43 -accorder des compensations à des personnes qui ne sont pas les propriétaires des biens- et, en même temps, paralyser les revendications de M. Pey -nous sommes là sur le déni de justice qui concerne la presse Goss, paralysie du jugement-, mais également rejet, rejeter les revendications de M. Pey -là on va dire un déni de justice plus large qui touche à l'intégralité de l'investissement de M. Pey.

Quand on lit ce paragraphe on comprend bien que la discrimination ne résulte pas dans le fait d'avoir refusé aux Demanderesses une indemnisation sur le fondement de la loi de 1998, mais simplement d'avoir refusé d'indemniser les Demanderesses.

En fait, en reconnaissant que le Chili a indemnisé des tiers au titre de la loi de 1998, la conséquence que tire le Tribunal initial c'est que les biens concernés doivent bien faire l'objet d'une réparation. Les revendications étaient les mêmes, et ils ont été indemnisés.

Et ce que constate ce paragraphe est qu'il y a, encore une fois, un traitement différent réservé à M. Pey et aux Demanderesses. »¹¹²

[Fin de la citation des audiences d'avril 2015 devant le TR]

Or il est bien connu qu'en droit international

«Il est reconnu que des déclarations revêtant la forme d'actes unilatéraux et concernant des situations de droit ou de fait peuvent avoir pour effet de créer des obligations juridiques. Des déclarations de cette nature peuvent avoir et ont souvent un objet très précis. Quand l'État auteur de la déclaration entend être lié conformément à ces termes, cette intention confère à sa prise de position le caractère d'un engagement juridique, l'État intéressé étant désormais tenu en droit de suivre une ligne de conduite conforme à sa déclaration. Un engagement de cette nature, exprimé publiquement et dans l'intention de se lier, même hors du cadre de négociations internationales, a un effet obligatoire.»¹¹³

En l'espèce, ladite déclaration du représentant de l'État du Chili le 6 mai 2003 a eu lieu devant le TI et constitue l'un des fondements de la SI ayant l'autorité de la chose jugée, et également la déclaration de l'État du Chili devant le TI le 21 juin 2001 que souligne le 1^{er} Comité *ad hoc*:

¹¹² *Ibid.*, page 44, lignes 25-49, et page 45, lignes 1-13

¹¹³ **Pièces CL140 et CL141**, Cour Internationale de Justice, affaires *Essais nucléaires (Australie c. France)*, arrêt du 20 décembre 1974, C.I.J. Recueil 1974, p. 267, par. 43, et *Essais nucléaires (Nouvelle-Zélande c. France)*, arrêt du 20 décembre 1974, C.I.J. Recueil 1974, p. 472, par. 46

« Le Comité relève le paragraphe 63 de la Décision du Tribunal relative aux mesures conservatoires¹¹⁴ :

63. S'agissant d'une décision visant des indemnisations, elle n'est de toute façon, comme indiqué plus haut, pas opposable aux Parties Demanderesse et, par conséquent, ne cause pas (au moins directement) de dommage à ces dernières. En serait-il autrement, ce dommage ne saurait être considéré par le Tribunal Arbitral comme irréparable dès lors que, ainsi que l'a observé avec raison la Partie Défenderesse, dans l'hypothèse 'où le Chili serait condamné' sur le fond (par un Tribunal Arbitral CIRDI s'étant reconnu compétent), la conséquence pratique évidente pour le Chili, principale ou exclusive, ne pourrait être que, soit l'obligation de restituer les actions revendiquées à leurs propriétaires légitimes (c'est-à-dire une restitution en nature), soit, en cas d'impossibilité d'une 'restitutio in integrum', l'obligation d'indemniser."¹¹⁵

49. Le TR n'a pas répondu à ces demandes/conclusions qui sont dans le champ de sa compétence *ratione materiae*. Il a préféré modifier dans la SR la *causa petendi* de la resoumission des Demanderesse en attribuant à celles-ci, radicalement *contra evidentiam*, les conclusions suivantes :

« [les Demanderesse] soutiennent à certains endroits que des éléments des parties non annulées de la Sentence Initiale doivent être réexaminées et modifiées par le présent Tribunal »¹¹⁶

la première est que le Tribunal Initial a conclu à tort que la confiscation était exclue *ratione temporis* du champ d'application du TBI ; la seconde est que ce qui a constitué en fait (si non dans la forme) la confiscation est intervenue avec la Décision n° 43. Chacune d'elles apparaît, sous diverses formes, dans les écritures des Demanderesse au cours de la présente procédure de nouvel examen."¹¹⁷

Les Demanderesse invitent l'État Défendeur à étayer devant le présent Comité *ad hoc*, dans sa Duplique à la Réplique, a) où seraient ces « certains endroits » dans la procédure de resoumission où les Demanderesse auraient soutenu que « des parties non annulées de la Sentence Initiale doivent être réexaminées et modifiées par le Tribunal » de resoumission, et 2) où les Demanderesse auraient soumis que le TI aurait « conclu à tort » quoi que ce soit.

Nulle part la SR n'a indiqué où seraient ces « endroits ».

Le *Counter-Memorial* paraît vouloir y porter remède en dénaturant et citant hors contexte

¹¹⁴ Pièce C30f, Décision du 25 septembre 2001 du TI relative à la demande de mesures conservatoires, §§63

¹¹⁵ Pièce C20, Décision du 1er Comité *ad hoc* du 18 décembre 2012, §242

¹¹⁶ Pièce C9f, SR, §196

¹¹⁷ *Ibid.*, §198, version anglaise : « the First Tribunal was **wrong** in its finding that... » ; version espagnole : « el Primer Tribunal **se equivocó** en su determinación de que... » (soulignement ajouté)

- 1) au §232, il vise le §35 du Mémoire en resoumission du 27 juin 2014¹¹⁸, qui ne fait que résumer l'une des motivations de la Décision du 1^{er} Comité *ad hoc*¹¹⁹ pour annuler le point 4 du Dispositif de la SI, à savoir

« les Demanderesses 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 Demanderesses d'obtenir une indemnisation au titre de la confiscation. 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, et il a accordé le montant fixé par la Décision n° 43 » (soulignement ajouté);

- 2) au §230, les §§17-54 du Mémoire en resoumission du 26 juin 2014 étayant la fraude à la procédure (« *truffa processale* ») qui s'est révélée lorsqu'en janvier 2011, après donc la SI, les Demanderesses ont pris connaissance du Jugement interne du 24 juillet 2008 et des actes de l'État *inaudita parte* qui s'en sont suivis et que les Demanderesses avaient étayés devant le 1^{er} Comité *ad hoc* et dans leur Mémoire en resoumission du 26 juin 2014.¹²⁰

50. Ces « conclusions » que la SR attribue aux Demanderesses constituent le résultat d'un effort d'imagination de la part du TR pour fonder les points 2 à 8 du Dispositif sur des positions que les Demanderesses n'ont jamais énoncées dans la procédure de resoumission, ni dans leurs écritures ni lors des audiences, sous quelque forme que ce soit, mais que, tout au contraire, elles ont explicitement écartées :

- lors de l'audience du 13 avril 2015:

*« Les Demanderesses proposent de ne pas modifier un iota, pas un iota, la partie non annulée de la Sentence. C'est res judicata »*¹²¹,

- dans le Mémoire du 18 juin 2013¹²²:

*« 32. Cette rétention [du Jugement interne], constitutive d'un déni de justice, a en effet permis à la République du Chili de **contraindre** le Tribunal arbitral initial à statuer dans un cadre où la nullité de droit public du Décret n° 165 n'avait pas été établie, dans un sens ou un autre, par une juridiction interne chilienne, ce qui l'a conduit a) à admettre la validité de ce Décret lorsque le statut de celui-ci restait indéterminé devant la 1^{ère} Chambre Civile de Santiago, et, b) à condamner de ce fait l'État du Chili pour déni de justice. »*

- dans la Réplique du 9 janvier 2015¹²³ :

¹¹⁸ Pièce C8, Mémoire en resoumission du 26 juin 2014

¹¹⁹ Pièce C20, Décision du 1^{er} Comité *ad hoc*, §266

¹²⁰ Pièce C83, Mémoire en resoumission du 18 juin 2014, §§17-54

¹²¹ Pièce C43, page 173, plaidoirie de Juan Garcés, ligne 22

¹²² Pièce C83

¹²³ Pièce C40

«162. La mission du présent Tribunal est de déterminer les conséquences des violations par l'État du Chili de l'article 4 de l'API et **non pas de se substituer au Tribunal arbitral initial pour corriger la Sentence.** Les parties ne sont pas dans une procédure de révision mais bien dans une re-soumission après annulation de son VIIIème Chapitre et du quantum de l'indemnisation. » [Soulignement ajoutés]

Comment qualifier le fait que la SR justifie son Dispositif en attribuant aux Demanderessees d'avoir dit ce qu'elles n'ont pas dit ?

51. En outre, alors que la SI a tranché le différend en appliquant le droit humanitaire pertinent, en particulier la Convention américaine relative aux droits de l'homme et la jurisprudence de la CEDH¹²⁴, la SR, au contraire, n'a absolument pas appliqué le droit qu'elle avait l'obligation d'appliquer sur la base des articles 1(2), 10(1), 10(4) de l'API, des articles 5 et 7 de la Constitution du Chili, du droit conventionnel et coutumier -dont les articles 30, 31, 34, 36 et 38 du Projet d'articles de la CDI sur la responsabilité de l'État pour fait internationalement illicite- et de l'article 31(3)(c) de la Convention de Vienne sur les traités, en particulier

(1) la Convention américaine relative aux DD.HH., dont les arts. 1(1)¹²⁵ ; 8(1)¹²⁶ - accès à un procès juste et équitable, *due process* ; 13¹²⁷ -liberté d'expression ; 24¹²⁸ - égalité devant la loi ; 25¹²⁹ -accès à un recours effectif ; 21¹³⁰ -droit de propriété ; 63(1)¹³¹ - droit à une réparation intégrale ;

¹²⁴ **Pièce C2**, Sentence arbitrale initiale, §§267, 269, 271, 313-315, 609, 610, 662, 665-674, nbp 580

¹²⁵ Article 1 : « 1. Les États parties s'engagent à respecter les droits et libertés reconnus dans la présente Convention et à en garantir le libre et plein exercice à toute personne relevant de leur compétence, sans aucune distinction fondée sur la race, la couleur, le sexe, la langue, la religion, les opinions politiques ou autres, l'origine nationale ou sociale, la situation économique, la naissance ou toute autre condition sociale »

¹²⁶ Article 8 : « 1. Toute personne a droit à ce que sa cause soit entendue avec les garanties voulues, dans un délai raisonnable, par un juge ou un tribunal compétent, indépendant et impartial, établi antérieurement par la loi, qui (...) déterminera ses droits et obligations en matière civile ainsi que dans les domaines du travail, de la fiscalité, ou dans tout autre domaine »

¹²⁷ Article 13 : «1.Toute personne a droit à la liberté (...) d'expression; ce droit comprend la liberté de rechercher, de recevoir et de répandre des informations et des idées de toute espèce,(...) que ce soit (...) par écrit, (...) ou par tout autre moyen de son choix. (...) 3. 3. La liberté d'expression ne peut être restreinte par des voies ou des moyens indirects, (...), ou par toute autre mesure visant à entraver la communication et la circulation des idées et des opinions. »

¹²⁸ Article 24 : «Toutes les personnes sont égales devant la loi. Par conséquent elles ont toutes droit à une protection égale de la loi, sans discrimination d'aucune sorte. »

¹²⁹ Article 25: «1.Toute personne a droit à un recours simple et rapide, ou à tout autre recours effectif devant les juges et tribunaux compétents, destiné à la protéger contre tous actes violant ses droits fondamentaux reconnus par la Constitution, par la loi ou par la présente Convention, alors même que ces violations auraient été commises par des personnes agissant dans l'exercice de fonctions officielles. 2. Les États parties s'engagent: a. garantir que l'autorité compétente prévue par le système juridique de l'État statuera sur les droits de toute personne qui introduit un tel recours; b. à accroître les possibilités de recours judiciaire; c. à garantir que les autorités compétentes exécuteront toute décision prononcée sur le recours »

¹³⁰ Article 21 : «1. Toute personne a droit à l'usage et à la jouissance de ses biens. La loi peut subordonner cet usage et cette jouissance à l'intérêt social. 2. Nul ne peut être privé de ses biens, sauf sur paiement d'une juste indemnité, pour raisons d'intérêt public ou d'intérêt social, et dans les cas et selon les formes prévues par la loi »

¹³¹ Article 63 : « 1. Lorsqu'elle reconnaît qu'un droit ou une liberté protégés par la présente Convention ont été violés, la Cour ordonnera que soit garantie à la partie lésée la jouissance du droit ou de la liberté

(2) le Pacte international relatif aux droits civils et politiques, du 16 décembre 1966, dont les articles 2(3)¹³² et 14(1)¹³³.

Ces normes internationales ont été invoquées lors des audiences d'avril 2015¹³⁴, dans la Réplique du 9 janvier 2015¹³⁵, dans le Mémoire du 27 juin 2014¹³⁶ ou dans la Demande en resoumission du 18 juin 2013¹³⁷.

52. Rappelons que s'agissant du droit chilien d'application directe et impérative, l'article 5 de la Constitution du Chili accorde aux droits de l'homme la primauté sur la souveraineté nationale et les normes internes du pays:

*« L'exercice de la souveraineté reconnaît comme limitation le respect des droits essentiels qui émanent de la nature humaine. C'est un devoir des organes de l'État de respecter et de promouvoir ces droits, garantis par la présente Constitution, de même que par les traités internationaux ratifiés par le Chili et qui se trouveraient en vigueur. »*¹³⁸

53. En résumé, la SR a enfreint l'autorité de la chose jugée de la SI, n'a pas appliqué les normes impératives invoquées par les Demanderesses, a reconsidéré la compétence établie dans la SI et, également,

- a) a enfreint la règle *ultra-petita* dès lors qu'elle a nié dans le §216 sa compétence sur tous les différends survenus entre les parties entre le 3 novembre 1997 et le 8 mai 2008, en privant d'effet pratique la compétence établie dans le point 1 du Dispositif de la SI qui a l'autorité de la chose jugée ;
- b) a enfreint la règle *infra-petita* en excluant de la procédure et ne tranchant pas dans le Dispositif l'un des objets essentiels de la demande de resoumission, à savoir le différend relatif au montant des dommages consécutifs causés par le manquement continu de l'État du Chili, depuis le 28 avril 2000, à l'obligation de garantir un

enfreints. Elle ordonnera également, le cas échéant, la réparation des conséquences de la mesure ou de la situation à laquelle a donné lieu la violation de ces droits et le paiement d'une juste indemnité à la partie lésée »

¹³² Article 2(3) : « Les États parties au présent Pacte s'engagent à: a) Garantir que toute personne dont les droits et libertés reconnus dans le présent Pacte auront été violés disposera d'un recours utile, alors même que la violation aurait été commise par des personnes agissant dans l'exercice de leurs fonctions officielles; b) Garantir que l'autorité compétente, judiciaire, administrative ou législative, ou toute autre autorité compétente selon la législation de l'État, statuera sur les droits de la personne qui forme le recours et développer les possibilités de recours juridictionnel; c) Garantir la bonne suite donnée par les autorités compétentes à tout recours qui aura été reconnu justifié »

¹³³ Article 14(1) : « 1. Tous sont égaux devant les tribunaux et les cours de justice. Toute personne a droit à ce que sa cause soit entendue équitablement et publiquement par un tribunal compétent, indépendant et impartial, établi par la loi, qui décidera soit du bien-fondé (...) des contestations sur ses droits et obligations de caractère civil. (...) »

¹³⁴ **Pièce C43**, page 72, lignes 12, 18 ; page 56, lignes 1-15 ; page 177, lignes 44-55, page 196, lignes 38-42

¹³⁵ **Pièce C40**, §§ 376, 338, 408-412, 481, 495 ; 122, 404, 323, 405

¹³⁶ **Pièce C8**, §§142, 169-170, 181-186

¹³⁷ **Pièce C83**, §§125, 128

¹³⁸ **Pièce CL377**, Constitution du Chili, article 5: "El ejercicio de la soberanía reconoce como limitación el respeto a los derechos esenciales que emanan de la naturaleza humana. Es deber de los órganos del Estado respetar y promover tales derechos, garantizados por esta Constitución, así como por los tratados internacionales ratificados por Chile y que se encuentren vigentes."

traitement juste et équitable, en ce compris celle de ne pas commettre de déni de justice:

*« La Sentence du Tribunal n'affecte pas la conclusion dans la Sentence Initiale selon laquelle la Défenderesse avait commis une violation de l'article 4 du TBI en ne garantissant pas un traitement juste et équitable aux investissements des Demanderesses, en ce compris un déni de justice ; cette conclusion a autorité de chose jugée et n'était pas l'objet de la présente procédure de nouvel examen ».*¹³⁹

54. Les conséquences matérielles de ces infractions sont gravement préjudiciables aux Demanderesses du fait, entre autres,

1. De l'absence absolue de prise en considération dans la SR des preuves produites par les Demanderesses à l'appui de la quantification des dommages causés par les infractions à l'article 4 de l'API commises après le 28 avril 2000 pour lesquelles la SI a condamné l'État à les compenser,
2. du **déni de justice** commis à l'encontre des Demanderesses que constitue la SR en soi comme on verra ci-après.

4.3 Le TR a commis un déni de justice en n'exerçant pas sa compétence : un excès de pouvoir manifeste

55. Le déni de justice est ici invoqué de manière exceptionnelle au soutien de la compétence en l'espèce d'un for établie à l'article 10(3) de l'API, à savoir le TR ayant mission de trancher la demande du 18 juin 2013 des Demanderesses.

56. Pour faire droit au déni de justice allégué le présent Comité *ad hoc* est respectueusement prié de s'attacher à une double considération. D'un côté, l'impossibilité dans laquelle, selon l'État du Chili, la SR a placé les Demanderesses d'accéder à un Tribunal chargé de se prononcer sur sa prétention et d'exercer un droit qui relève d'une Sentence arbitrale du CIRDI *res iudicata*, de l'API et de l'ordre public international, et, d'autre part, le lien de rattachement entre le litige et la présente saisine en annulation de la SR.

57. Comme a conclu le comité *ad hoc* de l'affaire Vivendi I :

It is settled and neither party disputes, that an ICSID tribunal commits an excess of powers not only if it exercises a jurisdiction which it does not have under the relevant agreement of treaty and the ICSID Convention, read together, but also fails to exercise a jurisdiction which it possesses under those instruments. One might qualify this by saying that it is only where the failure to exercise a jurisdiction is clearly capable of making a difference to the result that it can be considered a manifest excess of power. Subject to that qualification,

¹³⁹ Pièce C9f, SR, §244.

however, the failure by a tribunal to exercise a jurisdiction given it by the ICSID Convention and a BIT, in circumstances where the outcome of the inquiry is affected as a result, amounts in the Committee's view to a manifest excess of powers within the meaning of Article 52(1)(b).¹⁴⁰,

ou le comité *ad hoc* de l'affaire *Lucchetti c. Pérou* :

Where a tribunal assumes jurisdiction in a matter for which it lacks competence under the relevant BIT, it exceeds its powers. The same is true in the inverse case where a tribunal refuses or fails to exercise jurisdiction in a matter for which it is competent under the BIT. The Ad hoc Committee considers that these situations are analogous and should be assessed according to the same legal standards.¹⁴¹

58. La compétence du TR pour déterminer le montant de la compensation due par l'État du Chili aux Demanderesses a été établie dans la SI avec l'autorité de la chose jugée.
59. La SR a commis un **déni de justice** à l'encontre des Demanderesses dès lors qu'au §198 elle a renvoyé celles-ci vers « *la sphère domestique* »¹⁴² dans laquelle les investisseurs sont l'objet de discrimination et déni de justice continues, et au §216 elle a abdiqué la compétence du TR sur les questions surgies entre les parties entre le 3 novembre 1997 et le 8 mai 2008, alors même que le TR savait pertinemment
 - a) que, conformément à l'article 10(2) de l'API (*fork in the road*), le choix des Demanderesses, le 3 novembre 1997, de soumettre à l'arbitrage le différend existant entre les parties et, en mai 2000, celui relatif à la Décision 43 est irréversible;
 - b) que les Demanderesses avaient soumis à l'arbitrage en novembre 2002 le déni de justice qui est lié à la Décision 43¹⁴³ -bien que cette soumission ne constituait pas le choix établi à l'article 10(2) de l'API¹⁴⁴ ; et
 - c) que la SI a établi la compétence du Tribunal arbitral sur les différends surgis entre les parties après la Décision 43, avec l'autorité de la chose jugée ;

¹⁴⁰ **Pièce CL310**, *Compañía de Aguas del Aconquija S.A. et Vivendi Universal S.A. c. République Argentine*, Affaire CIRDI No. ARB/97/3, Décision sur la Demande en annulation, 3 juillet 2002, §86.

¹⁴¹ **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 septembre 2007, §99

¹⁴² **Pièce C9f**, SR, §198 : « *si la prétendue nullité du Décret 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 (...).* »

¹⁴³ **Pièce C2**, SI, §643 : « *Il s'agirait donc, selon cette argumentation, d'un déni de justice résultant non seulement de l'attitude des juridictions chiliennes sur le traitement de la question de la rotative Goss mais aussi, plus largement, de l'attitude générale des diverses autorités chiliennes à l'égard du CIRDI et à l'égard du présent Tribunal arbitral.* »

¹⁴⁴ **Pièce C2**, SI, §642 : « *les demanderesses, qui notent au passage que la « fork-in-the-road » et le déni de justice sont des notions incompatibles, soulignent que la « répudiation du droit d'accès au Tribunal arbitral [...] » est tout-à-fait différente des exceptions d'incompétence prévues dans le Règlement d'arbitrage et la Convention CIRDI* »

d) que les Demanderesses sont dans une situation objective de discrimination et de déni de justice continues de la part de l'État du Chili ;

e) qu'en refusant ou s'abstenant d'exercer sa compétence *ratione temporis* et *ratione materiae* la SI a privé les points 1 à 3 du Dispositif de la SI et l'API de tout effet, étant donné que les droits substantiels contenus dans ce derniers deviennent inefficaces hors accès à l'arbitrage international ;

f) que l'arbitrage international est le seul mécanisme prévu dans l'API pour le règlement des demandes relatives au manquement au traitement juste et équitable commis par l'État du Chili à l'encontre des Demanderesses, *res iudicata* ;

g) que la Défenderesse n'a pas démontré qu'il existerait d'autres forums compétents et neutres dans lesquels les investisseurs-demandeurs pourraient faire établir le montant de la compensation que la SI a condamné l'État du Chili à leur payer du fait des violations de l'API commises à partir de la Décision 43 du 28 avril 2000 ;

h) que la valeur de l'arbitrage et l'exclusion du recours aux tribunaux nationaux sont indéniables en l'empêchement, en principe¹⁴⁵ ;

i) que la Défenderesse n'a pas démontré que les Demanderesses auraient même qualité pour présenter leurs demandes devant les tribunaux nationaux chiliens. À supposer même que ce fût le cas, la réclamation des demandeurs serait prescrite selon le Jugement interne du 24 juillet 2008, qui a été classé en 2009 sans le leur notifier, un fait constitutif en lui-même de déni de justice ;

j) qu'en tout cas, même si l'État affirmait la présomption de neutralité des tribunaux nationaux envers les droits de la Fondation Président Allende et de M. Pey Casado sur leur investissement, cette présomption serait inapplicable car elle ne lie que l'État et non les tribunaux ;

k) que quoi qu'il en soit, ayant établi la SI que l'État du Chili est responsable de discrimination et déni de justice pour le comportement de ses tribunaux, de l'Exécutif, de l'Organe de Contrôle préalable de la légalité (la *Contraloría General de la República*), la SI a remis en question avec l'autorité de la chose jugée la neutralité et le respect des droits fondamentaux dans ce pays à l'encontre des Demanderesses ;

l) Il est difficile d'admettre qu'une attente de plus de dix-huit ans sans perspective de compensation du préjudice causé par la Décision 43 et la suite de celle-ci, ou de plus de dix ans après la SI, ne constitue pas un déni de justice.

¹⁴⁵ **Pièce CL400**, v. Schreuer (C.), "Interaction between International Tribunals and Domestic Courts", in *Contemporary Issues in International Arbitration and Mediation: The Fordham Papers*, edited by A. Rovine (2010), 71,

60. Ce qui est en jeu est le droit des demandeurs à un arbitrage international sous l'API, le seul moyen efficace d'obtenir la compensation ordonnée par la SI. Le seul intérêt déclaré du Défendeur est de l'éviter, comme le démontrent les déclarations de ses représentants avant et après la SR.¹⁴⁶

Les conséquences de la défaillance du TR à exercer sa pleine compétence pour déterminer le montant de cette compensation peuvent être dramatiques, irréparables, et équivalentes à un déni de justice consommé.

61. Conclusion. Ces faits sont constitutifs pour ce qui concerne les points 2 à 7 du Dispositif,

i. d'excès de pouvoir manifestes enfreignant l'article 52(1)(b), consistant

- a) à ne pas avoir appliqué les articles 2(2), 2(3), (4), 10(1) et 10(3) de l'API, ni l'article 42(1) de la Convention, ni les autres normes légales nationales et internationales citées, à la solution de la question qui constituait l'objet de la demande de resoumission, en particulier le manquement absolu par l'État du Chili à l'obligation de réparer le dommage causé aux investisseurs demandeurs pour avoir manqué à l'obligation d'un traitement juste et équitable, sans déni de justice,
- b) à s'abstenir d'exercer sa pleine compétence sur toutes les controverses nées après le 28 avril 2000 et sur la quantification du dommage causé aux investisseurs par les violations de l'API à partir de cette date,
- c) à avoir procédé à un nouvel examen de la partie de la SI qui a l'autorité de la chose jugée. Comme l'a affirmé le comité *ad hoc* de l'affaire *Vivendi I* :

In the Committee's view, it is not open to an ICSID tribunal having jurisdiction under a BIT in respect of a claim based upon a substantive provision of that BIT, to dismiss the claim on the ground that it could or should have been dealt with by a national court. In such a case, the inquiry which the ICSID tribunal is required to undertake is one governed by the ICSID Convention, by the BIT and by applicable international law. Such an inquiry is neither in principle determined, nor precluded, by any issue of municipal law, including any municipal law agreement of the parties¹⁴⁷,

ou celui de l'affaire *Malaysian Historical Salvors*

"The Committee fully appreciates that the ground for annulment set forth in Article 52(1)(b) of the ICSID Convention specifies that "the Tribunal has manifestly exceeded its powers." It is its considered conclusion that the Tribunal exceeded its powers by

¹⁴⁶ V. dans la **pièce C342** la réponse du Ministre des Affaires Étrangères du 27 novembre 2017 à l'interpellation de la Chambre des Députés du 20 septembre 2017, **pièce C199**

¹⁴⁷ **Pièce CL310**, *Compañia de Aguas del Aconquija S.A. et Vivendi Universal S.A. c. République Argentine*, Affaire CIRDI No. ARB/97/3, Décision sur la Demande en annulation, 3 juillet 2002, §102 :

failing to exercise the jurisdiction with which it was endowed by the terms of the Agreement and the Convention, and that it “manifestly” did so (...). ”¹⁴⁸

ii. de défaut de motifs enfreignant l’article 52(1)(e) de la Convention et la Règle 47(1)(i), consistant à ne pas expliquer la raison pour laquelle la SR n’a pris en considération sous aucune forme

1. la différence de nature juridique et factuelle existant entre la date de l’établissement de la compétence du Tribunal arbitral, en l’espèce le 28 avril 2000 -après l’entrée en vigueur de l’API- et la date du commencement de l’estimation du montant de la *fair market value* de l’investissement avant l’entrée en vigueur de l’API,
2. que des faits survenus avant l’API pouvaient être présentés pour évaluer le montant des dommages quand bien même ils ne pourraient l’être pour établir la compétence -celle-ci relevant de faits postérieurs à l’entrée en vigueur de l’API survenus à partir du 28 avril 2000, et
3. que le montant de l’indemnisation réclamée par les Demanderesses pour violation de l’article 4 de l’API après le 28 avril 2000 pouvait être équivalent au montant qui aurait résulté de la violation de l’article 5 à cette date de 2000 et après dans les termes retenus avec approbation dans les §§226 et 271 *in fine* de la Décision du 1^{er} Comité *ad hoc*, sans qu’en aucune façon cela procède d’une réintroduction déguisée de la demande initiale,

iii. d’une inobservation grave à des règles fondamentales de procédure (biais ; contrariété avec l’autorité de la chose jugée de la SI).

62. Ces conclusions sont conformes à l’interprétation et l’application que le 1^{er} Comité *ad hoc* et les parties ont faite dans la présente procédure du motif « excès de pouvoir manifeste », à savoir

Décision du 1^{er} Comité *ad hoc* :

«65. (...) Comme l’ont expliqué les commentateurs, ce motif a pour objet de veiller, notamment, à ce que les tribunaux n’excèdent pas leur compétence, ni n’omettent d’appliquer la loi convenue entre les parties¹⁴⁹. Indépendamment de la méthodologie suivie, un comité d’annulation doit examiner si le tribunal a excédé l’étendue de ses pouvoirs et si cet excès est manifeste. Comme l’a relevé le comité dans *CDC c. Seychelles*²⁰¹⁵⁰ :

¹⁴⁸ **Pièce CL399**, *Malaysian Historical Salvors Sdn Bhd V. The Government of Malaysia*, ICSID Case No. Arb/05/10, Decision on the Application for Annulment, 16 avril 2009, §§80, 81

¹⁴⁹ 19 Voir Christoph Schreuer, *The ICSID Convention: A Commentary* (Cambridge University Press, 2009) Art. 52, §§ 132 – 133 (ci-après « Commentaire Schreuer Art. 52 »).

¹⁵⁰ 20 *CDC Group PLC c. Seychelles*, Affaire CIRDI ARB/02/14, Décision sur l’annulation en date du 29 juin 2005, § 39 (ci-après « Décision CDC »).

A tribunal (1) must do something in excess of its powers and (2) that excess must be 'manifest.' It is a dual requirement.

« 66. En ce qui concerne l'excès de pouvoir, les deux parties conviennent qu'un tribunal peut excéder ses pouvoirs de deux manières : (i) en exerçant sa compétence de manière inappropriée (ou en n'exerçant pas sa compétence) ; et (ii) en n'appliquant pas le droit approprié.¹⁵¹ S'agissant du défaut d'application du droit approprié, les parties conviennent qu'il existe une distinction importante entre le fait de ne pas appliquer le droit approprié, qui constitue un motif d'annulation, et une application incorrecte ou erronée de ce droit, qui ne constitue pas un motif d'annulation. Le Comité est d'accord. Comme l'a expliqué le comité *ad hoc* dans *Amco I* ²²¹⁵² :

The law applied by the Tribunal will be examined by the *ad hoc* Committee, not for the purpose of scrutinizing whether the Tribunal committed errors in the interpretation of the requirements of applicable law or in the ascertainment or evaluation of the relevant facts to which such law has been applied. Such scrutiny is properly the task of a court of appeals, which the *ad hoc* Committee is not. The *ad hoc* Committee will limit itself to determining whether the Tribunal did in fact apply the law it was bound to apply to the dispute. Failure to apply such law, as distinguished from mere misconstruction of that law, would constitute a manifest excess of powers on the part of the Tribunal and a ground for nullity under Article 52(1)(b) of the Convention. The *ad hoc* Committee has approached this task with caution, distinguishing failure to apply the applicable law as a ground for annulment and misinterpretation of the applicable law as a ground for appeal.

« 67. Le Comité note que le Chili soutient également que, dans certaines circonstances, une mauvaise application du droit, même si le droit approprié a bien été identifié, peut être si grave qu'en pratique, elle constitue une inapplication du droit approprié²³¹⁵³. À l'appui de sa prétention, le Chili se réfère aux décisions de plusieurs comités, notamment *Soufraki*, *Amco II*, *Vivendi II*, *MTD* et *Sempra*²⁴¹⁵⁴

« 68. La Défenderesse avance également que la bonne application d'un droit national exige du tribunal qu'il interprète ce droit de la manière dont il est interprété par les tribunaux de la

¹⁵¹ 21 Voir Mém. Déf. Annul., §§ 400-402 ; C-Mém. Dem. Annul., §§ 216 et 389

¹⁵² 22 *Amco Asia Corporation, Pan American Development Ltd. et P.T. Amco Indonesia c. la République d'Indonésie*, Affaire CIRDI ARB/81/1, Décision sur l'annulation en date du 16 mai 1986, § 23 (ci-après « *Décision Amco I* »).

¹⁵³ 23 Voir Tr. Annulation [1] [38:2-16] (Ang.) ; [16:31-37] (Fr.) ; [40:22-41:5] (Esp.)

¹⁵⁴ 24 Voir Rép. Déf. Annul., §§ 253-255 ; Hussein Nuaman Soufraki c. Emirats arabes unis, Affaire CIRDI ARB/02/7, Décision sur la demande en annulation en date du 5 juin 2007 (ci-après « *Décision Soufraki* ») ; *Amco Asia Corporation, Pan American Development Ltd. et P.T. Amco Indonesia c. République d'Indonésie*, Affaire CIRDI ARB/81/1, Seconde décision sur l'annulation en date du 17 décembre 1992 (ci-après « *Décision Amco II* ») ; *MTD Equity Sdn. Bhd et MTD Chile S.A. c. République du Chili*, Affaire CIRDI ARB/01/7, Décision sur l'annulation en date du 21 mars 2007 (ci-après « *Décision MTD* ») ; *Sempra Energy International c. République argentine*, Affaire CIRDI ARB/02/16, Décision sur l'annulation en date du 29 juin 2010 ; *Compañía de Aguas del Aconquija S.A. et Vivendi Universal c. République argentine*, Affaire CIRDI ARB/97/3, Seconde décision sur l'annulation en date du 10 août 2010.

*nation concernée, ainsi que par la doctrine et les autorités de cette nation*¹⁵⁵ À cet égard, le Comité est d'accord avec la nuance introduite par le Comité ad hoc dans Soufraki¹⁵⁶ :

It is the view of the Committee that the Tribunal had to strive to apply the law as interpreted by the State's highest court, and in harmony with its interpretative (that is, its executive and administrative) authorities. This does not mean that, if an ICSID tribunal commits errors in the interpretation or application of the law, while in the process of striving to apply the relevant law in good faith, those errors would necessarily constitute a ground for annulment.

« 70. Le Comité est d'accord avec la Défenderesse sur le fait qu'une argumentation et une analyse approfondies n'excluent pas la possibilité de conclure qu'il existe un excès de pouvoir manifeste, dès lors qu'il est suffisamment clair et grave. En outre, le Comité est de l'avis qu'il doit exercer un contrôle du caractère soutenable de l'approche du tribunal. Il est d'accord avec le comité dans Klöckner I¹⁵⁷ :

It is possible to have different opinions on these delicate questions, or even, as do the Applicant for Annulment or the Dissenting Opinion, to consider the Tribunal's answers to them not very convincing, or inadequate. But since the answers seem tenable and not arbitrary, they do not constitute the manifest excess of powers which alone would justify annulment under Article 52(1)(b). In any case, the doubt or uncertainty that may have persisted in this regard throughout the long preceding analysis should be resolved "*in favorem validitatis sententiae*" and lead to rejection of the alleged complaint. "

[Fin de la citation de la Décision du 1er Comité ad hoc].

63. L'un des effets de l'excès de pouvoir où s'est placé le TR a eu des conséquences, pour le dire dans les termes de Sir Franklin Berman *mutatis mutandis*, qui seraient applicables au traitement des demandes des Demanderesses dans la présente affaire, à savoir des conclusions *ex cathedra*, l'absence de tout procès raisonnable ou vérifiable de *fact-finding* que la SR a remplacé par des faits inexistantes et l'attribution aux Demanderesses de prétentions ou d'affirmations imaginaires inexactes:

Instead, more or less all that the reader finds (...), is the ex-cathedra assertion (...) that what the Tribunal has to determine is whether or not the facts or considerations that gave rise to the earlier dispute continued to be central to the later dispute. No authority is given for this proposition arising out of the BIT itself; (...).

But for me the question does not stop there, the crucial issue being, not whether the parties had adequate opportunity to advance their factual cases, but what steps the Tribunal took to evaluate them, given that (as indicated) they became a 'crucial element' in its decision. To my mind, it is inescapable that every 'crucial element' in an ICSID Tribunal's decision has

¹⁵⁵ 25 Voir Mém. Déf. Annul., §§ 415-418

¹⁵⁶ 26 Décision Soufraki, § 97.

¹⁵⁷ 29 Klöckner Industrie-Anlagen GmbH et autres c. la République unie du Cameroun et Société Camerounaise des Engrais S.A., Affaire CIRDI ARB/81/2, Décision sur l'annulation en date du 3 mai 1985, § 52(e) (ci-après « Décision Klöckner I »).

to be the subject of a finding by the Tribunal; that, if the element is a factual element which is in dispute between the parties, the finding has to be the result of a proper fact-finding procedure; and that the elements and steps in this procedure must be spelled out in the Award. When one looks at the text of the Award, however, all that can be discovered (the key passages are at paragraphs 51-53) is two paragraphs summarizing the recitals whose bona fides the Claimant was challenging, followed without a break by the conclusion (...).

The only conclusion I can draw is that the Tribunal simply failed to put to the proof by any recognized fact-finding process these factual assertions by the Respondent, and the challenge to them by the Claimant, and that this constitutes in the circumstances (i.e. because the facts in issue became a 'critical element' in the Award) a "serious departure from a fundamental rule of procedure" within the meaning of Article 52(1)(d) of the Washington Convention. (...)

*But if particular facts are a critical element in the establishment of jurisdiction itself, so that the decision to accept or to deny jurisdiction disposes of them once and for all for this purpose, how can it be seriously claimed that those facts should be assumed rather than proved?*¹⁵⁸

5. LA SR A CONSIDÉRÉ L'ENSEMBLE DES DEMANDES DES DEMANDERESSES IRRECEVABLE. UNE INOBSERVATION GRAVE À DES RÈGLES FONDAMENTALES DE LA PROCÉDURE, UN EXCÈS DE POUVOIR MANIFESTE ET UNE MOTIVATION CONTRADICTOIRE

64. Des §§193 à 196 la SR a analysé

« [1] ce qui constitue des objections à la recevabilité de l'ensemble des principales demandes présentées par les Demanderesses dans leurs conclusions, ce qu'il convient donc de déterminer en premier lieu, avant de passer à l'examen - qu'il pourrait être nécessaire de faire - de [2] la manière selon laquelle les Demanderesses ont elles-mêmes quantifié ces demandes » (§194)

Du fait des objections formulées par le Défendeur la SR a conclu qu'elles étaient irrecevables en raison du

«souhait des Demanderesses de faire valoir maintenant un droit à des dommages-intérêts qui, par essence, est fondé sur cette dépossession initiale, en recourant, à titre d'élément essentiel de sa demande, à la valeur des biens alors confisqués » (§195).

Comment qualifier le fait de justifier le Dispositif de la SR en attribuant aux Demanderesses d'avoir fondé leur droit à dédommagement sur la dépossession de 1973 alors qu'elles l'ont fondée, de façon circonstanciée, sur les violations de l'API commises en 2000 telles qu'établies dans la SI ?

¹⁵⁸ **Pièce CL212**, *Industria Nacional de Alimentos, S.A. et al. v. Peru*, ICSID Case No. ARB/03/4, Annulment Proceeding, Decision, 5 September 2005, dissenting opinion de Sir Franklin Berman, §§ 14-17

65. Ce fondement du Dispositif de la SR

- a. est manifestement arbitraire, et a eu des conséquences très graves pour les Demanderesses qui dans la procédure devant le TR n'ont ni soutenu ni laissé supposer à aucun moment que leur droit à compensation établi dans la SI serait fondé sur la « dépossession initiale » mais n'ont cessé d'étayer, bien au contraire, qu'il est fondé sur des violations de l'API intervenues à partir de la Décision 43 du 28 avril 2000 et du déni de justice qui lui est lié, *res iudicata*;
- b. il enfreint l'autorité de la chose jugée de la SI¹⁵⁹ et de la Décision du 1^{er} Comité *ad hoc*, qui avaient rejeté la prétention du Chili d'identifier la date du fait survenu avant l'entrée en vigueur de l'API et à l'origine de la controverse, avec la date de la naissance de la controverse et/ou de la violation de l'API le 28 avril 2000:

Sentence initiale : formulation de la prétention de la Défenderesse

§438. « Pour la défenderesse, le seul différend qui puisse être identifié dans cette affaire est né bien avant l'entrée en vigueur de l'API. La défenderesse prétend en effet déduire des dispositions de l'API, et notamment de son article 10, que « la controverse est un conflit ou différend juridique qui n'a pas besoin, selon le TBI, d'être présentée à une partie par l'autre partie ».

Or après que le rejet de cette prétention dans la SI ait acquis l'autorité de la chose jugée par la Décision du 1^{er} Comité *ad hoc* [V. les §§38-46 *supra*], la SR les a contredites sur ce point dès lors qu'elle a considéré, sans en fournir un motif compatible avec les articles 2(2) de l'API¹⁶⁰, avec la SI ou avec la Décision du 1^{er} Comité *ad hoc*, que les Demanderesses seraient interdites de fonder le montant de la *restitutio in integrum* sur la *fair market value* de l'investissement à la date du 8 mai 2008, sans que cela implique une assimilation de la date du dommage (la Décision 48 du 28 avril 2000 et après) avec la date de la saisie de l'investissement le 11 septembre 1973.

66. L'État du Chili avait formulé cette même prétention devant le 1^{er} Comité *ad hoc* à l'appui de l'annulation de la totalité de la SI, le Comité *ad hoc* l'a rejetée :

Proposition de l'État Défendeur devant le 1^{er} Comité *ad hoc* :

« (...) Bien que la Demande complémentaire des Demanderesses en date du 4 novembre 2002 fût relative à la rotative Goss, le Chili soutient qu'il s'agissait uniquement d'une demande en restitution de la rotative ou en indemnisation au titre de sa confiscation [en

¹⁵⁹ Pièce C2, §§464, 623, 674, 679

¹⁶⁰ Article 2(2) : « 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)

1975]. (...) le conseil du Chili a résumé l'argument dans les termes suivants : 'it [Claimants' Ancillary Request] does refer to the denial of justice, it does refer to the Goss machine, but it does not refer to the basis on which the Tribunal ruled against Chile, which was the delay [...]. [T]hey never articulated any denial of justice claim under international law as a free-standing claim.' En résumé, selon le Chili, lorsque les Demanderesses ont fait référence à une demande fondée sur le déni de justice pour la rotative Goss dans leurs écritures ultérieures, c'était toujours dans le cadre de demandes fondées sur une confiscation.¹⁶¹ [Soulignement ajouté]

Décision à ce sujet du 1^{er} Comité ad hoc rejetant cette proposition de l'État du Chili :

« §186. Dans la Sentence [initiale], le Tribunal résume bien les positions des parties. En ce qui concerne les Demanderesses, il renvoie à leurs écritures du 11 septembre 2002¹⁶², du 4 novembre 2002¹⁶³ et du 23 février 2003¹⁶⁴ ainsi qu'à leurs plaidoiries lors de l'audience de janvier 2007¹⁶⁵. (...) »

« §187. Après avoir examiné les arguments des parties et les paragraphes pertinents de la Sentence, le Comité conclut que les Demanderesses ont bien présenté au Tribunal une demande fondée sur le déni de justice en ce qui concerne la rotative Goss »¹⁶⁶ [tout autant qu'en ce qui concerne la Décision 43] [Soulignement ajouté],

5.1 « One of the core paragraphs in the 2016 Award », le §198 de la SR

67. Le Mémoire en annulation du 27 avril 2018 a étayé le fait que le Dispositif de la SR devrait être annulé dans son intégralité dès lors que son refus absolu d'exercer sa compétence est fondé sur une caractérisation de défaut de motifs et d'excès de pouvoir du §198.¹⁶⁷

A ces raisonnements le *Counter-Memorial* (§229-233) a opposé deux « conclusions que les Demanderesses cherchent à tirer » du fait que «le Décret n° 165 n'a jamais (selon elles) constitué un acte juridique valable ».

68. Or le rejet de l'autorité de la chose jugée de la SI et de la Décision du 1^{er} Comité ad hoc sur ce point réapparaît précisément au §198 de la SR, qui considère irrecevable l'ensemble des principales demandes à cause de la *difficulté* et des « conclusions que les Demanderesses cherchent à en tirer » qui figurent au §198, à savoir

¹⁶¹ Pièce C15, Décision du 1^{er} Comité ad hoc, du 18 décembre 2012, §178, citations omises

¹⁶² Pièce C46

¹⁶³ Pièce C249f

¹⁶⁴ Pièce C272

¹⁶⁵ Pièces C311 et C312

¹⁶⁶ Pièce C15, §§180-187, citations omises

¹⁶⁷ Mémoire en application, §§687-696

Le §198 identifie la difficulté de la manière suivante :

Que « *le Décret n° 165 n'a jamais (selon elles) constitué un acte juridique valable* »,

et les conclusions que les Demanderesses chercheraient, selon le TR, à en tirer :

- a) « *que le Tribunal Initial a conclu à tort que la confiscation était exclue ratione temporis du champ d'application du TBI* » [soulignement ajouté],
- b) « *ce qui a constitué en fait (si non dans la forme) la confiscation est intervenue avec la Décision n° 43 (...)* »¹⁶⁸

L'arbitraire et l'excès de pouvoir de la « difficulté » et des deux « conclusions » sont facilement repérables comme on va le voir ci-après.

1. « Le Décret n° 165 n'a jamais (selon elles) constitué un acte juridique valable »

69. Selon le §198 la difficulté pour la recevabilité des demandes principales serait que « *le Décret n° 165 n'a jamais (selon elles) constitué un acte juridique valable.*»

Or même si le Jugement du 24 juillet 2008 constatant l'invalidité de ce Décret n'avait jamais été prononcé, comme le Mémoire du 27 avril 2018 l'a étayé¹⁶⁹ le TR était compétent pour fixer le montant de l'indemnisation conformément aux conclusions de la SI qui ont l'autorité de la chose jugée, notamment :

- i. que le 29 mai 1995 un Tribunal chilien a reconnu la propriété de M. Pey sur la totalité des actions de CPP S.A.¹⁷⁰;
- ii. que cet investissement - et le droit inhérent à poursuivre toute réparation y attachée- est couvert par les articles 1 et 2(2) de l'API selon la SI¹⁷¹;
- iii. qu'à la suite de la Décision 43 du 28 avril 2000 l'État n'a pas indemnisé les Demanderesses mais des tiers qui ne sont pas les propriétaires des actions de CPP S.A.¹⁷²;
- iv. qu'en 2001 l'État du Chili a engagé sa responsabilité devant le TI dans les termes suivants :

¹⁶⁸ La Décision du TR du 6 octobre 2017 (**pièce C39bis**) a accepté de rectifier le dernier §198 de la SR dans le sens proposé par l'État du Chili (après les Demanderesses, dans leur Demande rectification d'erreurs du 27-10-2016, **pièce C126**), à savoir que « La Défenderesse convient que la référence à la Décision n° 43 est erronée et que la référence exacte aurait dû renvoyer au « Décret n° 165 ». Décision du TR (**pièce C584**): « Le Tribunal reconnaît que la référence à la Décision n° 43 qui figure dans la dernière phrase du paragraphe 198 était erronée et qu'il entendait bien faire référence au Décret n° 165. Il s'agit manifestement d'une simple erreur matérielle, qui sera donc corrigée en remplaçant les mots « de la Décision n° 43 » par « du Décret n° 165. »

¹⁶⁹ Mémoire en annulation des Demanderesses, §§321-322

¹⁷⁰ **Pièce C2** SI, §666

¹⁷¹ **Ibid.**, §§411, 432

¹⁷² **Ibid.**, SI, §674

« dans l'hypothèse 'où le Chili serait condamné' sur le fond (par un Tribunal Arbitral CIRDI s'étant reconnu compétent), la conséquence pratique évidente pour le Chili, principale ou exclusive, ne pourrait être que, soit l'obligation de restituer les actions revendiquées à leurs propriétaires légitimes (c'est-à-dire une restitution en nature), soit, en cas d'impossibilité d'une « restitutio in integrum », l'obligation d'indemniser»¹⁷³ [on peut difficilement reconnaître plus clairement par l'État du Chili l'existence en 2001 d'un investissement dans CPP S.A. et EPC Ltée.];

- v. que le 6 mai 2003 l'État a reconnu en présence du TI l'invalidité de la confiscation de biens sous le régime de dictature militaire édicté en vertu du tristement fameux Décret-loi 77 de 1973 et le devoir d'indemniser les dommages subis par leurs propriétaires¹⁷⁴;
 - vi. que l'État a manqué à son obligation de traitement juste et équitable, en ce compris le déni de justice ¹⁷⁵ ;
 - vii. que le droit des Demanderesses à une compensation selon des modalités incontestables a été établi dans la SI (points 1 à 3 du Dispositif) sur ces fondements, en l'absence d'un Jugement sur le fond du 1^{er} Tribunal civil de Santiago ;
 - viii. que l'obligation d'assurer un traitement juste et équitable aux Demanderesses et leur droit à compensation qui pèse sur l'État du Chili depuis le 8 mai 2008 (points 1 à 3 du Dispositif de la SI)¹⁷⁶ n'a pas été observé par l'État du Chili, le dommage subi par les Demanderesses n'ayant pas été compensé.
70. Le TR -dont la mission s'inscrivait dans la continuité directe de celle du TI, suite à l'annulation partielle - avait très exactement la même compétence que le TI pour déterminer le montant de l'indemnisation sur le seul fondement de la Sentence du 8 mai 2008, quand bien même le Jugement interne du 24 juillet 2008 n'eût pas existé, vu que les points 1 à 3 du Dispositif de la SI sont fondés sur la reconnaissance catégorique par l'État en 2003 de l'invalidité du Décret.¹⁷⁷
- 1.1 À cet égard, la SR a commis un excès manifeste de pouvoir en n'exerçant pas sa compétence pour déterminer le montant de l'indemnisation sur le fondement de la SI.

¹⁷³ **Pièce C30**, Décision du 25 septembre 2001 du TI sur la proposition des Demanderesses de mesures conservatoires à l'encontre de la Décision n° 43, §63

¹⁷⁴ **Ibid.**, §§667, 668

¹⁷⁵ **Ibid.**, nbp 409 et §§78, 459, 669-674

¹⁷⁶ **Ibid.**, statuant que les Demanderesses ont droit à indemnisation pour les violations de l'article 4 depuis mai 2000 (§§611-674 et pp. 1 à 3 du Dispositif

¹⁷⁷ **Pièce C2**, SI, §§667, 668

5.1.1 La SR est fondée sur l'attribution aux Demanderesses de « conclusions » inexistantes

71. En outre, la SR a manqué gravement à des règles fondamentales de la procédure, ce que révèlent les §§196 et 198, comme on va l'étayer ci-après.

72. D'abord, au §196 la SR affirme de manière arbitraire et biaisée:

1. que les Demanderesses « *soutiennent à certains endroits que des éléments des parties non annulées de la Sentence Initiale doivent être réexaminés et modifiés par le présent Tribunal* » -ceci est inexact, et la SR n'a identifié, et pour cause, aucun de ces «endroits»- (comment pourrait-on qualifier le fait de justifier le Dispositif en attribuant aux Demanderesses avoir soutenu ce qu'elles n'ont jamais soutenu ?),
2. que « *selon les Demanderesses, si elles avaient été en mesure de faire valoir cet argument [la nullité ex tunc du Décret n° 165], elles auraient pu récupérer les biens qui leur avaient été confisqués au Chili, ou, tout au moins, elles auraient pu démontrer devant le Tribunal Initial que la confiscation de ces biens n'était pas un acte instantané définitivement consommé en 1975, mais qu'elle n'a en fait été consommée que plusieurs années plus tard et le résultat en aurait été que la confiscation relevait bien de la compétence du Tribunal Initial au regard du TBI* » [soulignement ajouté].

Concernant l'articulation intégralement inventée attribuée aux Demanderesses, ceci est inexact, les Demanderesses n'ont soutenu nulle part devant le Tribunal de resoumission que la confiscation aurait été consommée « *plusieurs années plus tard* » [lors de la Décision 43, v. SR §198], et la SR, bien entendu, n'a pu identifier les écritures où cela aurait été dit (encore une fois, comment qualifier le fait de justifier le Dispositif en attribuant aux Demanderesses ce qu'elles n'ont jamais soutenu ?),

3. « *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* » -ceci est encore inexact. N'ayant jamais soutenu devant le TR la prémisse -que la confiscation « *n'a en fait été consommée que plusieurs années plus tard* » (lors de la Décision 43) l'enchaînement démonstratif que la SR attribue de façon péremptoire aux Demanderesses constitue une pure affabulation.

Ensuite, au §198, les deux « conclusions » que, selon la SR, les Demanderesses cherchent à tirer, et dont le caractère inadmissible a conduit la SR à considérer irrecevables les principales sollicitations des Demanderesses, ont également été inventées de toutes pièces dans la SR, à savoir :

- « la première... que le Tribunal Initial a conclu à tort que la confiscation était exclue *ratione temporis* du champ d'application du TBI »,
- « la seconde... que **ce qui a constitué en fait (si non dans la forme) la confiscation est intervenu avec la Décision n° 43 (...)** la confiscation effective n'est intervenue qu'avec la Décision n° 43 » [soulignement ajouté].

En effet -pas plus que l'enchaînement décrit plus haut, à partir des prémisses attribuées par la SR aux Demanderesses- ces « conclusions » n'existent nulle part dans les allégations écrites ou orales de celles-ci devant le TR, elles n'ont jamais soutenu devant ce dernier une telle « confiscation » par la Décision 43 (toujours et encore, comment qualifier le fait de justifier le Dispositif en attribuant aux Demanderesses avoir dit ce qu'elles n'ont pas dit ?).

Ce qu'elles ont soutenu est ce que la SI a affirmé et le 1^{er} Comité *ad hoc* a confirmé, à savoir que

« Les Demanderesses (...) 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. La demande en annulation présentée par la Défenderesse sur le fondement de ce motif est donc rejetée ».¹⁷⁸

Nulle part dans les écritures des Demanderesses déposées « au cours de la présente procédure de nouvel examen »¹⁷⁹ ne peuvent être identifiés - à la suite ou non d'un enchaînement fondé sur une consommation postérieure de la confiscation, telle que décrite par la SR- l'une ou l'autre de ces deux « conclusions » mentionnées par le TR dans sa SR. Les Demanderesses réitèrent ici¹⁸⁰ leur invitation à l'État du Chili à identifier dans sa Duplique du 25 janvier 2019 ces « certains endroits ».

73. Cette manipulation des écritures des Demanderesses, cette attribution à celles-ci d'enchaînements et de prétentions inexistantes, constitue donc le fondement du §198 et de sa conséquence logique figurant aux points 2 à 6 du Dispositif, dès lors que la SR y a conclu que les principales sollicitations des Demanderesses n'étaient pas recevables malgré le fait que les seules conclusions de la SI, *res iudicata*, rendaient obligatoire pour le TR de déterminer le montant de la compensation **même si le Jugement interne du 24 juillet 2008 n'avait pas existé**, comme il vient d'être indiqué (v. les §§30, 35, 48, 53, 69 *supra*) et avait conclu la SI *res iudicata* :

*« 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, quant à l'obligation d'indemniser, son exécution concrète et le calcul de son montant »*. [Caractères appuyés ajoutés]

¹⁷⁸ Pièce C20, Décision du 1^{er} Comité *ad hoc* du 18 décembre 2012, §233

¹⁷⁹ Pièce C9, SR, §198

¹⁸⁰ V. le §49 *supra*

5.1.2 Le §198 a ouvertement contrarié la Sentence initiale

74. Cette mauvaise appréhension des arguments des Demanderesses est tellement flagrante, les contradictions par rapport à la SI contenues dans ce paragraphe sont à tel point patentes, qu'en octobre 2016 les Demanderesses ont sollicité la reconstitution du TR afin de lui soumettre que le §198 pourrait être une erreur matérielle et lui demander de le supprimer¹⁸¹ :

« Erreur n° 1 »

« 3. Les Demanderesses signalent une erreur –la phrase «la prétendue nullité de la Décision n° 43»- figurant dans le paragraphe final du §198 de la Sentence de 2016 :

« Le Tribunal terminera avec une dernière observation avant de passer à un autre sujet: si la prétendue nullité de la Décision n° 43 au regard du droit chilien avait effectivement une importance décisive, la conséquence en serait certainement que l'investissement est, en droit, resté la propriété de M. Pey Casado et/ou de la Fondation - et le recours à ce titre pourrait relever de la sphère domestique, mais clairement pas du présent Tribunal dans le cadre de la présente procédure de nouvel examen » (*soulignement ajouté*).

« 4. «La Décision n° 43 a été édictée par le Ministère des Biens Nationaux le 28 avril 2000 et a accordé des compensations pécuniaires à des tiers non propriétaires de CPP S.A. et EPC Ltée.

« 5. La cause, l'objet, la finalité de la Décision n° 43 dans le §198 de la Sentence arbitrale du 16 septembre 2016 ont un rapport direct avec les points 2, 3, 4, 5 du Dispositif (voir les §§14, 18, 21, 77, 78, 82-85, 93, 94, 153-157, 198, 220, 222-240). La non correction de l'erreur dans le §198 peut donc avoir des conséquences pratiques importantes aux effets de l'interprétation ou exécution de cette Sentence.

« 6. Or, la Sentence initiale du 8 mai 2008¹⁸² démontre que, malgré leurs efforts pour amener l'État du Chili au moins à surseoir à la prise de cette Décision n° 43¹⁸³, puis à son exécution, l'ensemble a été confirmé par toutes les instances des juridictions chiliennes, comme on peut le lire dans la Sentence arbitrale de 2008 :

455. Les demanderesses soulignent également que leurs recours auprès du pouvoir exécutif et du pouvoir judiciaire visant à mettre en cause la compatibilité de la Décision n°43 avec la procédure judiciaire introduite en 1995 ont tous été rejetés. Elles indiquent avoir attiré en vain l'attention du *Contralor general* sur l'incompatibilité de la Décision n°43 avec l'action intentée devant la Première Chambre civile de Santiago. Leur demande de rétractation des décrets de paiement de l'indemnisation accordée par la

¹⁸¹ **Pièce C126**, Demande du 27 octobre 2016 en rectification d'erreurs matérielles dans la SR, §§3-11

¹⁸² 2 Sentence arbitrale du 8 mai 2008, Pièce ND06

¹⁸³ Voir la Décision du 25 septembre 2001 du TI sur la demande de mesures conservatoires, pages 570, 58 et les §§28, 61, 67, pièce **C30f**

Décision n°43, déposée le 29 juillet 2002, aurait également été rejetée *in limine litis* le 14 octobre 2002. Par ailleurs, la demande de mesures conservatoires des demanderesses déposée auprès de la Première Chambre civile de Santiago à l'encontre de la Décision n°43 a été rejetée le 2 octobre 2001 et la requête déposée par les demanderesses auprès de la Cour suprême le 5 juin 2002 arguant d'un conflit de compétence entre le pouvoir exécutif et le pouvoir judiciaire a été déclarée irrecevable. Enfin, les parties demanderesses indiquent que leur recours en protection constitutionnelle pour violation de leur droit de propriété sur la rotative Goss, porté devant la Cour d'appel de Santiago, a lui aussi été déclaré irrecevable et sans fondement par cette dernière le 6 août 2002.

456. Le rejet de l'ensemble de ces recours est constitutif, selon les demanderesses, d'un déni de justice à l'origine d'un différend né après l'entrée en vigueur de l'API, lorsque, d'une part, les parties demanderesses ont déposé un recours en rétractation devant le Contralor le 29 juillet 2002 et lorsque, d'autre part, la Première Chambre civile de Santiago a rejeté leur demande de mesures conservatoires le 2 octobre 2001.³¹⁸⁴

*« 7. Ainsi, à l'évidence, le sujet d'une prétendue **nullité de la Décision n° 43 au regard du droit chilien** de la Décision n° 43, ne figure pas dans la partie de la Sentence initiale de 2008 ayant l'autorité de la chose jugée. La propriété de l'investissement par les investisseurs espagnols, que ce soit en 1972 (achat de 100% des actions de CPP S.A. par M. Pey), en 1990 (cession de 90% des actions à la Fondation), en 1995 (décision de la justice chilienne restituant le 100% des titres de propriété de CPP S.A. à M. Pey), en 2000 et 2004 (introduction de la demande complémentaire pour déni de justice), a été statué par le Tribunal arbitral initial qui, dans sa Sentence, a rejeté la totalité des exceptions présentées par la République du Chili prétendant que les propriétaires de l'investissement ne seraient pas les Demanderesses mais les bénéficiaires de la Décision 43, et a prononcé, avec l'autorité de la chose jugée, les points 1, 2 et 3 du Dispositif, dont les fondements sont, entre autres, les paragraphes*

« 180. Le Tribunal, dans l'exercice de son pouvoir d'appréciation des preuves, est parvenu à la conclusion que M. Pey Casado a acheté l'intégralité des actions de la société CPP S.A. au cours de l'année 1972»,

*« 215. **Le 29 mai 1995**, au vu 'de la valeur probante des antécédents', la Huitième Chambre a accepté d'ordonner la restitution des documents demandés. Après examen du dossier, le Tribunal correctionnel a estimé que M. Pey Casado ne pouvait prouver sa qualité de propriétaire qu'à l'aide des éléments du dossier judiciaire qu'il [le Tribunal] détenait, reconnaissant par là même que M. Pey Casado était effectivement l'acquéreur et le propriétaire des actions» (soulignement ajouté).*

« 520. Le Tribunal arbitral ayant constaté que, contrairement à la thèse de la défenderesse, M. Pey Casado avait bien établi son titre de propriété, il est superflu de rouvrir ici cette discussion »,

*« 525. De l'avis du Tribunal arbitral, la Fondation a démontré qu'elle était en possession de 90% des actions de CPP S.A., qui lui ont été transmises par M. Pey Casado au moyen d'écritures passées entre **le 6 octobre 1989 et le 27 mai 1990**. Cette*

¹⁸⁴ **Pièce C2**, Sentence arbitrale du 8 mai 2008, §§455, 456, références omises

transmission a été parfaite à la date de l'inscription de cette dernière au Registre des Fondations du Ministère espagnol de la Culture, le 27 avril 1990» (soulignement ajouté).

« 8. La Sentence initiale de 2008 a déclaré que la Décision n° 43 du 28 avril 2008 constitue l'une des infractions à l'API pour lesquelles la République du Chili a été condamnée à compenser les investisseurs :

« 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"¹⁸⁵.

« 674. Dans le cas d'espèce, en résumé, en accordant des compensations – pour des raisons qui lui sont propres et sont restées inexplicables – à des personnages qui, de l'avis du Tribunal arbitral, n'étaient pas propriétaires des biens confisqués (...) la République du Chili a manifestement commis un déni de justice et refusé de traiter les demanderesse de façon juste et équitable. »

« 9. La « nullité » dont traite la Sentence de 2008 porte sur un sujet tout autre : la nullité *ab initio*, *ex officio*, *imprescriptible*, du Décret confiscatoire n° 165 de 1975 édicté par le régime de facto (§§593, 598, 601, 603, entre autres). Il en est de même dans la Décision du 18-11-2009 prononcée dans la procédure en révision (§§27, 43, 48, 50, 51, entre autres).

« 10. Bref, la Sentence arbitral de 2008 ayant reconnu et déclaré, avec l'autorité de la chose jugée, que les propriétaires de l'investissement étaient M. Pey Casado et la Fondation espagnole, et que cet investissement était protégé par l'API (points 1 à 3 du Dispositif), faire dépendre -dans la phrase finale du §199 de la Sentence de 2016- «la propriété » des investisseurs espagnols d'une décision des juridictions internes qui, dans un futur indéterminé, pourrait déclarer la « nullité de la Décision 43 », ne saurait correspondre à la véritable intention du Tribunal dans la Sentence de 2016.

« 11. Par ces motifs, le paragraphe final du §199 de la Sentence de 2016 est erroné et les Demanderesse sollicitent respectueusement sa correction par le Tribunal arbitral sans modifier ses intentions, ses analyses, son raisonnement ni ses conclusions, soit en supprimant le paragraphe soit en remplaçant quatre mots - « de la Décision n° 43 »- par trois mots -«du Décret 165 » dans toutes les versions de la Sentence. »

[Fin de citation de la Demande du 27 octobre 2016 en rectification d'erreurs matérielles dans la SR]

¹⁸⁵ Ibid., 2008, page 103, note 270

5.1.3 L'État du Chili a fait objection à la suppression de l'entier §198 sollicitée dans la procédure en correction d'erreurs contenues dans la SR

75. L'État du Chili a allégué que ce paragraphe précis était « *one of **the** core paragraphs in the 2016 Award* » :

*Chile does not accept Claimants' (...) request that the Tribunal expurgate paragraph 198 in its entirety from the 2016 Award. (...) "supprim[er]"— i.e., "suppress," "delete," or "erase" — Paragraph 198 of the 2016 Award in its entirety is wildly inappropriate. (...) Paragraph 198 is one of **the** core paragraphs in the 2016 Award. If the Tribunal were to "erase" this paragraph, as Claimants request, it **would** in fact be modifying the Tribunal's intentions, analysis, reasoning, and conclusions.*¹⁸⁶ [Citations omises, caractères appuyés dans l'original]

76. Le TR a alors suivi l'État du Chili et n'a pas supprimé l'entier §198¹⁸⁷ :

A. Référence à la « Décision n° 43 » dans le paragraphe 198 de la Sentence après Nouvel Examen

«38. Les Demanderesses soutiennent que la référence à la « nullité de la Décision n° 43 » figurant dans la dernière phrase du paragraphe 198 de la Sentence après Nouvel Examen est erronée, la référence exacte devant renvoyer au Décret chilien n° 165. Elles demandent donc que le paragraphe en question de la Sentence après Nouvel Examen soit corrigé de manière à faire référence au « Décret n° 165 » ou bien intégralement supprimé. Les Demanderesses font valoir, au soutien de leur demande, que la Sentence Initiale avait reconnu qu'elles avaient rapporté la preuve de leur droit de propriété sur les actifs litigieux.

«39. La Défenderesse (...) **n'accepte (...) supprimer le paragraphe 198 dans son intégralité.** La Défenderesse soutient que le Tribunal doit respecter la nature et le champ d'application limité d'une procédure de correction et qu'il ne peut corriger qu'une erreur «matérielle», sans se lancer dans une interprétation de la Sentence Initiale. Elle fait en outre valoir que **le paragraphe 198 est l'un des paragraphes essentiels de la Sentence Initiale (...).** »

«III. L'ANALYSE DU TRIBUNAL

A. Référence à la « Décision n° 43 » dans le paragraphe 198 de la Sentence après Nouvel Examen

« 52. Le Tribunal reconnaît que la référence à la Décision n° 43 qui figure dans la dernière phrase du paragraphe 198 était erronée et qu'il entendait bien faire référence au Décret n° 165. Il s'agit manifestement d'une simple erreur matérielle, qui sera donc corrigée en remplaçant les mots « de la Décision n° 43 » par « du Décret n° 165 ».

¹⁸⁶ **Pièce C263**, Chile Observations on Rectification, 9 juin 2017, §§3-7, dans la procédure en annulation des erreurs matérielles contenues dans la Sentence arbitrale du 13 septembre 2016, et dans le même sens le Counter-Memorial, §255

¹⁸⁷ **Pièce C201**, Décision du 6 octobre 2017 du TR sur la rectification d'erreurs matérielles dans la SI, §§39 et 52

[Fin de la citation de la SR, Décision relative à la correction d'erreurs matérielles]

77. En conséquence, les Demanderesses sont en droit de solliciter respectueusement du présent Comité *ad hoc* qu'il annule les phrases du §198 qui, afin de fonder les points 2 à 6 du Dispositif de la SR, attribuent aux Demanderesses des arguments inexistantes dans leurs écritures ou dans leurs allégations orales devant le TR et qui, en outre, contrarient radicalement la SI *res iudicata*, à savoir :

- « le Tribunal Initial a conclu à tort que la confiscation était exclue *ratione temporis* du champ d'application du TBI ;
- ce qui a constitué en fait (si non dans la forme) la confiscation est intervenue avec la Décision n° 43. Chacune d'elles apparaît, sous diverses formes, dans les écritures des Demanderesses au cours de la présente procédure de nouvel examen »,
- «(à savoir que la confiscation effective n'est intervenue qu'avec la Décision n° 43) ».

La partie restante du §198 serait alors la suivante :

« Cela étant dit, 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. Ce que les Demanderesses souhaitent soutenir, c'est que, dans la mesure où le Décret n° 165 n'a jamais (selon elles) constitué un acte juridique valable, il n'y a jamais eu de confiscation juridiquement efficace de l'investissement, de sorte que la propriété légale d'El Clarín et des actifs qui s'y rattachent est demeurée là où elle était en 1973 et 1975 (sous réserve uniquement de la cession ultérieure à la Fondation).

Cependant, la principale difficulté ne réside pas tant dans cette proposition elle-même que dans les conclusions que les Demanderesses cherchent à en tirer, en ce qui concerne les recours disponibles dans la présente procédure.

Selon le Tribunal, il n'y en a que deux : la première est que ----- [annulée];

la seconde est que -----[annulée].

Cependant, elles rencontrent toutes deux des difficultés insurmontables. En ce qui concerne la première conséquence, le Tribunal n'a aucun doute que le Tribunal Initial, bien qu'il ait utilisé des termes légèrement différents dans les diverses parties de sa Sentence Initiale, était de l'avis que la confiscation était un fait consommé avec la saisie physique en 1975 et n'entraînait donc pas dans le champ d'application du TBI. Et surtout, le présent Tribunal n'a tout simplement pas le pouvoir de statuer sur un appel formé contre une telle conclusion, ni de substituer son propre avis à celui du Tribunal Initial, ni encore d'octroyer une réparation de quelque nature que ce soit à ce titre.

En ce qui concerne la seconde conséquence -----[annulée] elle est également elle-même incompatible avec les conclusions du Tribunal Initial quant à la chronologie de la confiscation, mais aussi avec la Décision n° 43 elle-même, dont le sens général est qu'il

s'agissait de l'octroi d'une compensation au titre d'une confiscation qui était déjà intervenue³⁶³. Le Tribunal terminera avec une dernière observation avant de passer à un autre sujet : si la prétendue nullité du Décret 165¹⁸⁸ 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. »

5.1.4 Le §198 présente des contradictions internes irréconciliables

78. Dans l'affaire *Togo Electricité et altri v. Togo*, le comité *ad hoc* a appliqué l'article 52(1)(e) de la manière suivante :

« 62.... l'article 52(1)(e) n'impose aucun contrôle sur la qualité de la motivation d'un tribunal (qu'elle soit « adéquate », « suffisante », « élaborée », « succincte », ou « détaillée »), pourvu que le lecteur puisse suivre avec suffisamment de clarté le raisonnement du tribunal dans sa totalité.

63. Néanmoins, le Comité se doit de s'assurer, quand ce grief est soulevé, que des motifs contradictoires ne s'annulent pas mutuellement de sorte que les raisons exposées par le tribunal sont de ce fait privées de leur sens. Ainsi, toute contradiction ne conduit pas à l'annulation de la sentence. »¹⁸⁹

79. Le TR a finalement reconnu que « la Décision n° 43 qui figure dans la dernière phrase du paragraphe 198 était erronée et qu'il entendait bien faire référence au Décret n° 165 ».

Or le §198 est placé dans la section « **E. Statut du Décret n° 165** » et il constitue un développement du §197 portant « sur le statut du Décret n° 165 au regard du droit public chilien », où la SI commet un nouveau défaut de motifs :

« Ce pourrait donc être le moment opportun pour une brève digression sur le statut du Décret n° 165 au regard du droit public chilien (...). »

D'abord, la motivation de la SR concernant l'application du droit applicable sur la question la plus essentielle des échanges dans le cadre de la procédure en resoumission, est donc limitée à une « *brève digression* », pourrait-on dire une remarque en passant !, ce qui en soit est contradictoire.

¹⁸⁸ « si la prétendue nullité de la Décision 43... » était la version antérieure à la rectification sollicitée par les Demandereses, v. la Décision du 6 octobre 2017 du TR en rectification d'erreurs matérielles dans la SR (**pièce C201**, §§38, 39, 52)

¹⁸⁹ **Pièce C13**, *Togo Electricité et altri v. Togo*, Annulment, §62, 63

Ensuite, une fois reconnu dans la 1^{ère} et 2^{ème} phrase du §198 que la prémisse de la non recevabilité des sollicitations des Demanderesses serait la proposition de celles-ci fondée sur le Jugement interne du 24 juillet 2008 (SR, §197) selon laquelle :

« dans la mesure où le Décret n° 165 n'a jamais (selon elles) constitué un acte juridique valable, il n'y a jamais eu de confiscation juridiquement efficace de l'investissement, de sorte que la propriété légale d'El Clarín et des actifs qui s'y rattachent est demeurée là où elle était en 1973 et 1975 (sous réserve uniquement de la cession ultérieure à la Fondation) »,

la conclusion qu'en tire la SR dans la dernière phrase du §198 est que

« si la prétendue nullité du Décret 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. »

Une telle proposition des Demanderesses et la conclusion y afférant de la SR sont radicalement incompatibles avec les prétendues conclusions que les phrases 3^{ème} et 4^{ème} du §198 attribuent aux Demanderesses [comment qualifier ce fait, dès lors que celles-ci n'ont pas formulé ces conclusions ?], à savoir:

« les conclusions que les Demanderesses cherchent à en tirer ...[sont] deux : la première est que le Tribunal Initial a conclu à tort que la confiscation était exclue ratione temporis du champ d'application du TBI ; la seconde est que ce qui a constitué en fait (si non dans la forme) la confiscation est intervenue avec la Décision n° 43. »

D'abord, il est contraire à toute logique d'attribuer aux Demanderesses l'absurdité chronologique selon laquelle, dans la Sentence prononcée le 8 mai 2008, le TI ait pu être présenté par les Demanderesses comme ayant été amené à conclure « **à tort** que la confiscation était exclue ratione temporis du champ d'application du TBI » » dès lors que cette « conclusion », dans son contexte figurant à la section « E », à la suite du §197 et des 1^{ère} et dernière phrases du §198, découle de la mise en question dans le Jugement interne du 24 juillet 2008 de la validité du Décret 165. Il ne pouvait pas y avoir de « **tort** », et il n'y a en a pas eu, dans la SI dès lors que celle-ci a pris soin de préciser qu'elle a été prononcée lorsque « *à la connaissance du Tribunal, la validité du décret n° 165 n'a pas été remise en cause par les juridictions internes ...* ». ¹⁹⁰

Ensuite, il est à la fois d'une incohérence et d'un arbitraire total -au vue des écritures des Demanderesses- d'attribuer à celles-ci l'enchaînement insensé consistant

- 1) D'une part, dans la 4^{ème} phrase du §198, à avoir conclu devant le TR que « *la confiscation est intervenue avec la Décision n° 43* » du 28 avril 2000, positions qu'elles n'ont jamais soutenue devant le TR comme la SR elle-même l'affirme :

¹⁹⁰ Pièce C2, SI, §603

« du fait que la nullité du Décret n° 165 aurait entraîné son inexistence ex tunc ainsi que la nullité de la confiscation de jure, les Demanderesses soutiennent que la confiscation de facto qui était intervenue dès 1973 aurait perduré après l'entrée en vigueur du TBI Chili-Espagne, et que la mesure appropriée pour supprimer les effets du déni de justice ne consiste pas à faire des suppositions sur ce que le Tribunal Initial aurait conclu, mais que le Tribunal décide en lieu et place du Tribunal Initial »¹⁹¹ [c'est-à-dire, selon sa mission consistant à opérer en continuité de la mission du TI et non à « corriger la Sentence »], (soulignement ajouté);

« Les Demanderesses... rappellent leur argument selon lequel la dissimulation du jugement du Tribunal de Santiago a eu pour conséquence d'empêcher le Tribunal Initial de prendre en compte la réalité de la nullité du Décret n° 165 (...) »¹⁹² (soulignement ajouté)

- 2) Alors que, d'autre part, dans la 2^{ème} phrase du §198 elle attribue aux Demanderesses d'avoir affirmé « que, dans la mesure où le Décret n° 165 n'a jamais (selon elles) constitué un acte juridique valable, il n'y a jamais eu de confiscation juridiquement efficace de l'investissement, de sorte que la propriété légale d'El Clarín et des actifs qui s'y rattachent est demeurée là où elle était en 1973 et 1975 »,

ce qu'elles ont effectivement soutenu devant le TR comme l'atteste la SR dans les paragraphes nos. 53, 56-58 ou 62, qui contredisent les deux « conclusions » que le §198 attribue arbitrairement aux Demanderesses :

« §58. Les Demanderesses soutiennent que, lorsque le Tribunal de Santiago a décidé explicitement que seules CPP et EPC avaient la qualité requise pour agir dans cette affaire, il doit nécessairement avoir conclu que le Décret n°165 était entaché d'une nullité de droit public, car il ne pouvait y avoir d'autre raison expliquant que le Tribunal de Santiago conclue qu'EPC continuait à exister ; selon elles, une telle conclusion entraînait la continuité de la personnalité juridique de CPP et EPC. » [Citations omises]

80. Mais même si lesdites deux « conclusions » que le §198 attribue aux Demanderesses apparaissaient sous une forme ou une autre *quod non* (comme nous l'avons déjà fait observer, elles n'apparaissent pas), ces deux « conclusions » et leur enchaînement dans le §198 et la SR sont en contradiction avec la conclusion de la SR elle-même dans le même §198, à savoir :

« si la prétendue nullité du Décret 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... ».

¹⁹¹ Pièce C9f, SR, §62

¹⁹² Ibid., §71

Car, ainsi qu'il ressort du « raisonnement » présenté ici par la SR, la circonstance mentionnée, à savoir que l'investissement *est resté en droit la propriété de M. Pey Casado et /ou de la Fondation depuis 1972*, fait allusion aux conclusions que les Demanderesses ont présentée devant le TR après que le Tribunal de Santiago leur ait signifié, en janvier 2011, le Considérant 9^{ème} du Jugement interne du 24 juillet 2008 – « *un sujet qui a absorbé une grande partie des débats entre les Parties* » (§197) - mais **totaleme nt inconnu, par définition, du TI-** constatant le droit d'agir d'EPC Ltée, trente-trois ans après avoir été « dissoute » par le Décret n° 165, et, en conséquence :

1. le TI n'a pu commettre aucun « **tort** » dès lors qu'il a été contraint de prononcer la SI privé de la connaissance de ce Jugement du fait de sa paralysie jusqu'après la notification de la SI -un effet du déni de justice par lequel la SI a condamné l'État du Chili ;
2. la « Décision 43 » n'a pas pu confisquer de fait, ni dans la forme, EPC Ltée dès lors que le 1^{er} Tribunal civil de Santiago, ayant pleine connaissance de l'existence de la Décision 43 du 28 avril 2000¹⁹³, a cependant considéré dans son Jugement du 24 juillet 2008 qu'EPC Ltée avait le droit d'agir.

81. Conclusion: le §198 de la SR ayant contrarié l'autorité de la chose jugée de la SI confirmée par la Décision du 1^{er} Comité *ad hoc*, contenant un écheveau de contradictions irrémédiables par rapport à l'ensemble de la SR et avec le §198 lui-même, et ayant attribué des « conclusions » aux Demanderesses que celles-ci n'ont pas soumises devant le TR, les Demanderesses sollicitent respectueusement du présent Comité *ad hoc* qu'il annule le §198 dans son intégralité et ce qui en découlerait ou en serait dépendant de manière organique dans la SR.

5.1.5 Le §198 est le fondement d'autres fondements décisifs et du Dispositif de la SR

82. Le §198 – qui a attribué aux Demanderesses deux « conclusions » que les Demanderesses n'ont pas alléguées dans la procédure de resoumission - constitue le point d'ancrage des paragraphes suivants de la SR, en particulier des §§220, 221, 227- 229, ceux-ci étant à la base des §§232 à 234, ce dernier des §§235-236, lesquels servent d'appui au §244, et l'ensemble constitue le fondement du Dispositif.

¹⁹³ **Pièce C2**, SI, §455 : « ... la demande de mesures conservatoires des demanderesses déposée auprès de la Première Chambre civile de Santiago à l'encontre de **la Décision n°43** a été rejetée le 2 octobre 2001⁴⁰⁵... » , §463 : « Le 3 août 2002, M. Pey Casado a formé devant la Cour d'appel de Santiago un recours en protection constitutionnelle relatif à son droit de propriété sur la rotative Goss, droit qui aurait été violé par les décisions du Contralor des 22 et 23 juillet 2002 entérinant les décrets de paiement des indemnités accordées **dans la Décision n°43** » [soulignements ajoutés]

Comme on va le voir, la 1^{ère} « conclusion » attribuée arbitrairement aux Demanderesses par le TR (« *le Tribunal Initial a conclu à tort que la confiscation était exclue ratione temporis du champ d'application du TBI* ») et la 2nd (« *ce qui a constitué en fait (si non dans la forme) la confiscation est intervenue avec la Décision n° 43* ») constituent la prémisse nécessaire, explicite ou implicite, des paragraphes suivants

- à la section « **H. L'interprétation de la Sentence Initiale** », dans les paragraphes:

§215 : « *Le Tribunal concentrera donc son attention sur (...) [à] s'assurer que ses conclusions relatives à la compensation sont dans la ligne, et ne contredisent pas, les conclusions du Tribunal Initial sur la nature de la violation, telles qu'elles figurent dans la Sentence Initiale* » ;

§216 : (...) *l'ensemble de cet argument n'entre clairement pas dans le champ de compétence de ce Tribunal, qui (comme cela a déjà été indiqué) est limité, en vertu de l'article 52 de la Convention CIRDI et de l'article 55 du Règlement d'arbitrage du CIRDI, exclusivement au «différend» ou aux parties de celui-ci qui demeurent après l'annulation. Ces termes ne peuvent être interprétés que comme une référence au «différend» qui avait été initialement soumis à l'arbitrage [portant sur la confiscation], différend pour lequel la date critique était la requête d'arbitrage initiale des Demanderesses [le 3 novembre 1997].*

Les questions qui ont surgi entre les Parties après cette date
[V. la 2^{ème} « conclusion » du §198]

- *et a fortiori les questions découlant d'une conduite postérieure à la Sentence*
[V. la 1^{ère} « conclusion »]

- *ne peuvent pas, même avec un gros effort d'imagination, entrer dans le champ de la procédure de nouvel examen en vertu des dispositions citées ci-dessus, et le Tribunal estime qu'il n'est pas nécessaire d'en dire plus sur cette question dans la présente Sentence. »*

*

§219 : « *le retard excessif de la procédure relative à la rotative Goss devant le Tribunal de Santiago a eu pour conséquence d'empêcher les Demanderesses de démontrer au Tribunal Initial que le Décret confisquant l'investissement dans El Clarín était entaché d'une nullité absolue dès l'origine (ex tunc) (...)* »
[V. la 1^{ère} « conclusion » du §198].

*

§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 ; en d'autres termes, le préjudice que les Demanderesses ont subi du fait de la discrimination établie par le Tribunal Initial était la perte du droit à recouvrer, bien que tardivement, une compensation au titre de la confiscation (...) »

[V. la 2nd « conclusion » du §198. En outre, l'attribution dans la SR aux Demanderesses de prétentions inexistantes dans leurs écritures est encore ici confirmée. Elles n'ont soutenu dans la procédure de resoumission, et l'État ne pourra pas produire la preuve du contraire, ce que le §220 leur attribue. Tout au contraire, les conclusions des Demanderesses ont eu lieu dans le cadre strict de ce que disposent l'article 10(3) de l'API *-fork in the road-* et l'article 26 de la Convention du CIRDI, le choix de cet article 10(3) ayant été consommé lors du dépôt de la Requête initiale d'arbitrage le 3 novembre 1997 et de son enregistrement le 20 avril 1998¹⁹⁴, alors que la Décision 43 a été adoptée plus de deux ans après, le 28 avril 2000¹⁹⁵];

*

§221 : » *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 continue et non indemnisée »*

[V. son antécédent dans la 2nd « conclusion » du §198. En outre, comment qualifier le fait que la SR ait attribué ici aux Demanderesses une proposition qu'elles n'ont pas formulée] ;

*

§224 : » (...) *au paragraphe 608 [la SI] estime que l'expropriation « 'était consommée' » à la date du Décret n° 165*

[V. son antécédent dans la 1^{ère} « conclusion » du §198]

(...) la Décision n° 43, qui devait s'analyser en une application discriminatoire d'une loi postérieure au TBI et des droits que celle-ci avait créés, était « une question distincte et non pas... un fait identique à l'expropriation susceptible de former l'un des ingrédients du fait composite allégué' »

[v. son antécédent dans la 2nd « conclusion » du §198 contrariant les §§622-623 de la SI];

*

¹⁹⁴ **Pièce C2**, SI, §8

¹⁹⁵ Ces faits et dates parlent d'eux-mêmes face à l'image virtuelle achronique du *Counter-Mémorial* (§19, nbp 2) selon laquelle « *Claimants had voluntarily (and in writing) declined to participate in this reparations program, due to the arbitration that at that time they had already commenced at ICSID* », tout en omettant mentionner les demandes adressées par les Demanderesses à l'Exécutif, au Contralor, aux Tribunaux internes et au Tribunal arbitral de suspendre la Décision 43 jusqu'à connaître la décision du Tribunal arbitral (SI, §§21, 455, 460-463, et Décision du TI du 26 septembre 2001 sur la demande de mesures conservatoires concernant la Décision 43, pièce C30)

§227 : « (...) Le Tribunal note également, bien que sur un niveau quelque peu différent et non factuel, 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»

[V. son antécédent dans le 2nd « conclusion » du §198, contrariant que la conclusion de la SI fondée sur la reconnaissance par l'État devant lui de l'invalidité de la confiscation de l'investissement en 1975 et le manquement depuis le 28 avril 2000 au traitement juste et équitable, en ce compris le déni de justice, dont sont victimes les investisseurs];

*

§228 : « (...) tous les **arguments fondés sur la confiscation ou en découlant** ne peuvent pas être pris en compte (...) la théorie des Demanderesses fondée sur un « acte continu » qui rattache la conduite postérieure au TBI [la Décision 43] à la conduite antérieure à celui-ci doit être rejetée »

[V. son antécédent dans la 1^{ère} « conclusion » du §198, contrariant les conclusions de la SI];

*

§229 : « les conclusions du Comité ad hoc dans sa Décision sur l'annulation, notamment son paragraphe 261, dans lequel le Comité ad hoc tire de la Sentence Initiale les décisions du Tribunal Initial selon lesquelles les arguments des Demanderesses concernant les dommages-intérêts étaient strictement limités à ceux fondés **sur l'expropriation** ; que ceux-ci n'étaient pas pertinents pour les demandes fondées sur le déni de justice et la discrimination ; et que les Demanderesses n'avaient pas produit de preuves convaincantes du dommage en ce qui concerne ces demandes. »

[V. son antécédent dans la 2nd « conclusion » du §198, contrariant les conclusions de la SI]

*

- à la section « **I. Les Demanderesses ont-elles satisfait à la charge de prouver le préjudice ?** »

§232 : « (...) La Défenderesse soutient que (...) les Demanderesses n'ont subi absolument aucun dommage matériel pouvant être démontré. 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

[V. l'antécédant dans la 1^{ère} « conclusion » du §198];

et 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 ('fork-in-the-road') du TBI) »

[V. son antécédent dans la 2nd « conclusion » du §198. On rappellera ici que le choix de l'arbitrage international est intervenu en octobre-novembre 1997 et la Décision 43 est datée le 28 avril 2000, une achronie pour fonder le Dispositif] ;

§233 : « *Le Tribunal estime que les arguments avancés par la Défenderesse sont parfaitement fondés.* »

§234. « *Le Tribunal n'a donc d'autre choix que de conclure 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. Le Tribunal ne peut donc pas, par principe, octroyer de dommages-intérêts.*

[V. son antécédent dans les « conclusions » 1^{ère} et 2nd du §198, contrariant la SI, que le TR a inventées afin de fonder le Dispositif de la SR]

*

- à la section « **J. Les Demanderesses ont-elles rempli la charge de prouver un dommage quantifiable ?** »

§235 : « *Compte tenu de sa conclusion au paragraphe 234 ci-dessus, le Tribunal peut trancher cette question brièvement en disant que, en l'absence de toute preuve suffisante d'un préjudice ou d'un dommage causé aux Demanderesses par la violation du TBI établie dans la Sentence Initiale, la question de l'évaluation ou de la quantification de ce dommage ne se pose pas.* »

[V. son antécédent dans les « conclusions » 1^{ère} et 2nd que le §198 attribue aux Demanderesses et qui contrarient la SI]

§236. « *le Tribunal ajoute – (...) - 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 (...).* »

[V. son antécédent dans les « conclusions » 1^{ère} et 2nd du §198]

*

- à la section « **M. Les options qui s'offrent au Tribunal** », qui justifie les points 2 à 6 du Dispositif portant sur des dommages :

§244 : « *le Tribunal ne pouvait clairement pas permettre que la demande initiale fondée sur la confiscation soit de nouveau soumise de manière détournée sous couvert d'une violation du traitement juste et équitable subie plusieurs années plus tard.*

[On peut difficilement dire plus clairement que « la confiscation » aurait été resoumise sous couvert du manquement à l'article 4 de l'API que constitue la Décision du 28 avril 2000... v. son antécédent dans la 1^{ère} et 2nd « conclusion » du §198]

83. En résumé, comme l’a soutenu l’État du Chili devant le TR et comme celui-ci l’a admis en refusant de le supprimer dans son intégralité, le §198, “ *is one of **the** core paragraphs in the 2016 Award*”(v. *supra* §75).

En effet, on ne trouve pas dans la SR d’autres cheminements retraçables, en dehors desdites deux prétendues « *conclusions* », qui en réalité n’en sont pas, à partir desquelles le TR a fondé les points 2 à 7 du Dispositif de la SR.

84. Le §198 de la SR ayant enfreint l’article 52(1) lettres b), d) et e) de la Convention, les Demanderesses sollicitent respectueusement du présent Comité *ad hoc* qu’il annule également les paragraphes de la SR 216, 219, 220, 221, 224, 227-229, 232-236, 244, qui découlent, directement ou indirectement, des « *conclusions* » établies au §198 et en dépendent organiquement ainsi que, en conséquence, les points 2 à 7 du Dispositif dont ils constituent le fondement et l’ensemble de la SR.

5.2 LA SR A BRISÉ LA *RATIO DECIDENDI* DE LA SENTENCE INITIALE

85. Le TR était formé en majorité par des juristes de *common law*.¹⁹⁶ La *binding ratio decidendi* relative à la compétence *ratione temporis* du Tribunal arbitral a été établie dans la SI conformément aux arts. 10(1) et 2(3) de l’API, à savoir *toute controverse relative à l’investissement, au sens de l’API*, surgie entre les parties après l’entrée en vigueur de celui-ci, qui serait soumise au Tribunal arbitral après le dépôt de la requête initiale, le 3 novembre 1997, et avant la clôture de l’instance, le 31 janvier 2008¹⁹⁷. En conséquence la SI a établi la compétence *ratione temporis* du TI sur les faits et les questions surgies entre les parties en 2000¹⁹⁸, et en 2002¹⁹⁹, de même qu’en 2007²⁰⁰, dont elle a tenu compte pour fonder les point 1 à 4 de son Dispositif.
86. Cette *ratio* de la *ratio decidendi* de la SI relative à la compétence *ratione temporis* le 1^{er} Comité *ad hoc* l’a déclarée *res iudicata*²⁰¹.

¹⁹⁶ **Pièce CL378**, voir Stone (Julius), « The ratio of the ratio decidendi », 22 the Modern Law Rev., 22 (1959), pages 600-601, remarquant à l’égard de la *ratio decidendi*, dans ce système, la « *distinction between that use of the term ratio decidendi which describes the process of reasoning by which decision was reached (the ‘descriptive’ ratio decidendi), and that which identifies and delimits the reasoning which a later court is bound to follow (the ‘prescriptive’ or ‘binding’ ratio decidendi). Descriptively the phrase imports merely an explanation of the court’s reasoning to its conclusion (...) Prescriptively used, on the other hand, the phrase ratio decidendi refers to a normative judgment requiring us to choose a particular ratio decidendi as legally required to be drawn from the prior case, that is, as the binding ratio decidendi.* »

¹⁹⁷ **Pièce C2**, SI, §54

¹⁹⁸ **Ibid.**, section IV(b)(ii) et §453

¹⁹⁹ **Ibid.**, section IV(b)(iii) et §464

²⁰⁰ **Ibid.**, §§699, 702, 641 (“Les demanderesses insistent sur le fait que plus de dix ans après la requête originale aux tribunaux civils du Chili concernant la rotative Goss, il n’y a pas eu de résolution en première instance. »)

²⁰¹ **Pièce C20**, Décision du 1^{er} Comité *ad hoc* du 28 décembre 2012, VII, Décision, §359(4) et §§167,168

87. La SR a commis un excès de pouvoir et une inobservation grave d'une règle fondamentale de procédure dès lors qu'elle a brisé cette *ratio* obligatoire et l'autorité de la chose jugée dans son §216.
88. La SR souffre également d'un défaut de motifs en raison de la grave contradiction existant au sein du même §216, dont, d'un côté, la première phrase affirme que l'argument des Demanderesses porte sur des **actions postérieures au 8 mai 2008**:

*« Le Tribunal relève également à ce stade qu'une partie de **l'argument** qui lui est présenté par les Demanderesses dans la présente procédure de nouvel examen consiste à soutenir que les actions de la Défenderesse, depuis la transmission de la Sentence Initiale [le 8 mai 2008], ont constitué un nouveau déni de justice, au titre duquel une compensation est due et peut être accordée dans la présente procédure de nouvel examen »* [soulignement ajouté],

et, d'un autre côté, la 3^{ème} phrase exclue également du champ de compétence du TR les questions qui ont surgi entre les parties **entre le 3 novembre 1997 et le 8 mai 2008**:

*« l'ensemble de cet **argument** n'entre clairement pas dans le champ de compétence de ce Tribunal, qui (comme cela a déjà été indiqué) est limité, en vertu de l'article 52 de la Convention CIRDI et de l'article 55 du Règlement d'arbitrage du CIRDI, exclusivement au «différend » ou aux parties de celui-ci qui demeurent après l'annulation. Ces termes ne peuvent être interprétés que comme une référence au « différend » qui avait été initialement soumis à l'arbitrage, différend pour lequel la date critique était la requête d'arbitrage initiale des Demanderesses [du 3 novembre 1997]. Les questions qui ont surgi entre les Parties après cette date – et a fortiori les questions découlant d'une conduite postérieure à la Sentence – ne peuvent pas, même avec un gros effort d'imagination, entrer dans le champ de la procédure de nouvel examen en vertu des dispositions citées ci-dessus » ;*

une contradiction manifeste au sujet de la compétence du TR dont ce §216 conclut sommairement

«le Tribunal estime qu'il n'est pas nécessaire d'en dire plus sur cette question dans la présente Sentence. »

89. Or le §216 constitue, à son tour, un fondement essentiel des points 2 à 6 du Dispositif de la SR pour les raisons qu'on indique ci-après.
90. En effet, le §216 de la SR ayant également exclu de sa compétence les différends nés entre les parties entre le 3 novembre 1997 et la date du 8 mai 2008, cette conclusion fait partie de la *prescriptive ratio decidendi* des points 2 à 6 du Dispositif de la SR, compte tenu du fait que « la manière selon laquelle les Demanderesses ont elles-mêmes quantifié ces demandes » (SI, §194) est entièrement fondée sur les questions surgies entre les parties après le 28 avril 2000 ayant porté à la condamnation de l'État pour manquement au TJE, discrimination et déni de justice.

91. Or, alors que la SI a établi sa compétence temporelle sur les questions surgies entre le 3 novembre 1997 et le 8 mai 2008, le §216 de la SR les a exclues arbitrairement de sa compétence et, sur ce fondement, la SR a bâti les *descriptive ratio decidendi* des §§ 232-233, 235, 238, 239, 243. En d'autres termes, le fondement qui surdétermine les points 2 à 6 du Dispositif de la SR est le §216.
92. Il découle de la *ratio decidendi* que constitue le §216 de la SR que les considérations dans d'autres paragraphes relatives à des questions surgies entre le 3 novembre 1997 et le 8 mai 2008 constituent elles-mêmes un excès manifeste de pouvoir dès lors que le §216 a placé ces questions hors la compétence du TR. C'est le cas, en particulier,

- 1) des §§232-233, 235 de la SR, selon lesquels les Demanderesses n'auraient subi

« absolument aucun dommage matériel pouvant être démontré. 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 (...) et 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 (« fork-in-the-road ») du TBI (...) si les Demanderesses pouvaient être présumées avoir subi quelque dommage, la cause immédiate du dommage était constituée par leurs propres actes, rompant ainsi le lien de causalité (...) Le Tribunal estime que les arguments avancés par la Défenderesse sont parfaitement fondés» ,

car il est *res iudicata*

a) que la question relative à la Décision n° 43 a surgi entre les parties après le 3 novembre 1997, à savoir le 28 avril 2000;

b) que la Décision du TI du 25 septembre 2001, attaquée par le Chili devant le 1^{er} Comité *ad hoc* et confirmée par celui-ci²⁰², sur la demande de mesures conservatoires à l'encontre de la Décision n° 43, a statué que

« la Décision Ministérielle n° 43 et son exécution au Chili n'ont pas des conséquences telles qu'elles puissent affecter ou la compétence du Tribunal Arbitral CIRDI » ou les droits allégués par les Parties demanderesses dans leur requête en mesures conservatoires d'une manière qui, de l'avis du Tribunal Arbitral, rende « nécessaire » un prononcé des mesures conservatoires sollicitées à propos de la Décision Ministérielle n° 43 et de son exécution,

« la Décision Ministérielle n° 43 (...), abstraction faite de son caractère administratif plutôt que judiciaire, ne tranche pas, dans son dispositif, le même litige que celui que les Demanderesses ont voulu soumettre à la compétence du Tribunal Arbitral CIRDI,

²⁰² Pièce C20, §§ 42 ; 234-245

« elle n'est de toute façon, comme indiqué plus haut, pas opposable aux Parties demanderesse et, par conséquent, ne cause pas (au moins directement) de dommage à ces dernières. En serait-il autrement, ce dommage ne saurait être considéré par le Tribunal Arbitral comme irréparable dès lors que, ainsi que l'a observé avec raison la Partie défenderesse, dans l'hypothèse « où le Chili serait condamné » sur le fond (par un Tribunal Arbitral CIRDI s'étant reconnu compétent), la conséquence pratique évidente pour le Chili, principale ou exclusive, ne pourrait être que, soit l'obligation de restituer les actions revendiquées à leurs propriétaires légitimes (c'est-à-dire une restitution en nature), soit, en cas d'impossibilité d'une 'restitutio in integrum', l'obligation d'indemniser.

« 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.

[au cas où] « le Tribunal Arbitral (...) rend une sentence sur le fond, dont l'exécution pourrait être rendue plus difficile, voire impossible, par les mesures unilatérales prises entretemps [la Décision n° 43] par l'Etat défendeur – une situation de nature à engager la responsabilité internationale de cet Etat, ainsi qu'il a été relevé plus haut, par exemple dans l'affaire Holiday Inns c. Gouvernement du Maroc. »²⁰³

c) que la SI a condamné à l'État du Chili à compenser le préjudice causé précisément par cette Décision du 28 avril 2000 et le déni de justice qui lui est lié ;

2) du §233 de la SR, qui, alors qu'aucune des preuves produites par les Demanderesse du préjudice causé par la Décision du 28 avril 2000 et le déni de justice qui lui est lié²⁰⁴ n'a été prise en considération sous quelque forme que ce soit, a conclu -sans aucune explication sur cette impasse totale- que

« il n'y a pas de commencement de preuve que la Défenderesse, en sa qualité de partie adverse, devrait réfuter » ;

3) des §§238-239, qui écartent également la prise en considération de la demande fondée sur l'enrichissement sans cause du fait que celui-ci

« se traduirait par l'octroi d'une compensation sans la constatation préalable d'une violation d'où résulterait le préjudice devant être indemnisé. De l'avis du Tribunal, la Défenderesse a raison sur ce point »,

le violation à l'API du 28 avril 2000 étant par définition, en effet, postérieure à la date du 3 novembre 1997 établie dans le §216;

²⁰³ **Pièce C30f**, Décision du TI sur la demande de mesures conservatoires sollicitées par les Demanderesse envers la Décision n° 43, §§54, 59, 60, 63, 65, 76

²⁰⁴ V. dans **la pièce C9f**, SR, les §§232 et 240

4) du §243, selon lequel

“la demande au titre du dommage causé par la conduite de la Défenderesse dans la procédure arbitrale doit également être rejetée in limine litis, pour les raisons énoncées au paragraphe 216 ci-dessus” [soulignement ajouté],

affirmation qui corrobore que la conclusion relative à la compétence *ratione temporis* figurant au §216 est la *prescriptive ratio decidendi* des autres paragraphes de la SI et surdétermine leurs conclusions de même que les points 2 à 6 du Dispositif.

93. En conséquence, conformément aux articles 52(1) lettres b) et d) de la Convention le 2^{ème} Comité *ad hoc* est respectueusement prié d’annuler les §§216, 232-233, 235, 238, 239, 243.

5.3 Contradictions et défaut de motifs entre la *prescriptive ratio decidendi* du §216 et le Dispositif

94. En outre, conformément à l’article 48(3) de la Convention du CIRDI les points 2, 3, 4, 5, 6 du Dispositif devraient être annulés dès lors que la SR n’a pas énoncé de fondement qui, outrepassant la non recevabilité *ratione temporis* des demandes telle qu’établie au §216, serait susceptible d’entrer dans le champ de compétence du TR sur le fond, à savoir :

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

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

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

5) que la demande subsidiaire des Demandereses sur la base de l’enrichissement sans cause est sans fondement juridique ;

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

En l’espèce, ayant décidé au §216 que le Tribunal n’avait pas compétence sur les questions nées entre le 3 novembre 1997 et la date de la SI du 8 mai 2008, il a toutefois procédé à l’analyse du bien-fondé de la demande de quantification des dommages relatifs aux questions nées à partir du 28 avril 2000, y compris d’« une demande [qui] ne figurait pas dans la requête de nouvel examen [du 18 juin 2013],

*mais elle est apparue dans la suite de la procédure »*²⁰⁵, et a tranché ce qui y a trait dans le Dispositif. Ce faisant, le Tribunal a exercé, de manière incompréhensible, un pouvoir qu'il s'est radicalement refusé dans le §216 dès lors que ces demandes étaient fondées sur des violations de l'API postérieures au 28 avril 2000. Le TR a donc commis un excès de pouvoir manifeste annulable.

95. D'autre part, **dans aucun desdits points 2 à 6 du Dispositif** la SR n'articule ses positions par rapport au fait que le TR n'aurait pas de compétence pour considérer les demandes relatives à la quantification du dommage causé par des actes de l'État du Chili entre les dates du 3 novembre 1997 et du 8 mai 2008 ou après, pas plus que ce Dispositif n'a rejeté la demandes des Demanderesse pour manque de compétence.
 96. Il y a donc des contradictions manifestes entre
 - a. le §216 – qui a déclaré le manque de compétence sur les différends, les questions qui ont surgi entre les parties entre le 3 novembre 1997 et la date de transmission de la SI ou après cette dernière,
 - b. et le Dispositif de la SR, qui, ne tenant aucun compte de ce manque de compétence pour trancher des différends surgis entre les Parties entre le 3 novembre 1997 et le 8 mai 2008 prend des décisions à leur sujet à partir d'une voie juridiquement insaisissable.
 97. Ces contradictions, manifestes et portant sur le point crucial de la compétence du TR, réunissent les deux conditions qu'exige l'article 52(1)(e) de la Convention selon le 1^{er} Comité *ad hoc*, à savoir

*the failure to state reasons must leave the decision on a particular point essentially lacking in any expressed rationale; and second, that point must itself be necessary to the tribunal's decision.*²⁰⁶
 98. Bref, en l'espèce non seulement il manque dans la SR toute explication rationnelle concernant la position adoptée relative à la compétence *ratione temporis* du TR sur les questions surgies entre les parties après le 28 avril 2000, mais, de surcroît, cette compétence, qui est elle-même nécessaire à la décision prise par le TR dans le Dispositif relative aux questions que les Demanderesses lui ont soumises, est niée dans le §216 et, implicitement, mais de façon déterminante, affirmée cependant dans les points 2 à 6 du Dispositif.
- Cela a guidé le raisonnement du TR et a créé un biais dans tout le reste de la SR.
99. Si le TR avait procédé différemment au §216 et avait affirmé, comme il lui appartenait de le faire, sa compétence *ratione temporis* sur les questions surgies entre les parties après le 3 novembre 1997 et la date de la transmission de la SI, il y aurait

²⁰⁵ Pièce C9f, SR, §241

²⁰⁶ Pièce C20, Décision du 18 décembre 2012 du 1^{er} Comité *ad hoc*, §83

eu une chance que la SR aurait pu parvenir à un résultat substantiellement différent - « *une possibilité distincte (une ‘chance’) que cela ait pu faire une différence quant à une question cruciale* » [v. le §111 *infra*] – entre autres à raison de ce que le TR a lui-même reconnu :

*« si la prétendue nullité du Décret 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 »*²⁰⁷.

100. Dès le moment qu’aurait été levée la *ratio* de la *ratio decidendi* du §216, la suite logique aurait pu être la recevabilité et la prise en considération des preuves produites par les Demanderesses, ce qui aurait pu raisonnablement influencer de manière décisive sur le contenu de la Sentence et son Dispositif.

101. Or en l’absence de toute motivation sur ce point cruciale qui a déterminé le Dispositif, il est conforme aux lettres (b) et (e) de l’article 52(1) de la Convention du CIRDI et à leur application par le 1^{ère} Comité *ad hoc* que la Sentence soit annulée :

*« Le Comité estime que, dès lors qu’il n’existe aucun fondement exprès pour étayer les conclusions sur un point crucial ou déterminant pour le résultat, l’annulation doit être prononcée, que le défaut de fondement soit dû à une absence totale de motivation ou soit le résultat d’explications futiles ou contradictoires. »*²⁰⁸

*

5.4 L’inobservation grave d’une règle fondamentale de procédure et l’absence de motifs de la décision relative à la compétence *ratione temporis* du TR constituent le fondement des points 2 à 7 de la SR

102. Dans la présente procédure d’arbitrage l’État du Chili a soutenu devant le 1^{er} Comité *ad hoc* que *An Ad Hoc Committee May Not Fill in Significant Gaps in Reasoning or Provide Supplementary Reasons*²⁰⁹, point de vue auquel les Demanderesses applaudissent des deux mains:

627. (...) *the key principle is that it is not within the purview of a Committee to correct deficiencies in the award, to attempt to fill in lacunae, or to provide missing reasons not found in the Award.*

628. *While it may be the case that not every single reason must be explicit and that Committees in some instances have filled in certain gaps in the Award’s reasoning, such gap filling is only permissible where the reasons that were provided in the Award are themselves sufficient to*

²⁰⁷ Pièce C9f, SR, §198

²⁰⁸ Pièce C20, Décision du 1^{er} Comité *ad hoc*, §86

²⁰⁹ Pièce C294, Chile’s Memorial on the annulment (corrected), 10 juin 2010

understand how the tribunal reached a given determination or conclusion, or where the implicit reasons can logically be inferred. Professor Schreuer explains:

*The jurisprudence on Art. 52(1)(e) confirms that ad hoc committees are inclined to reconstruct missing reasons where the result reached by the tribunal appears capable of explanation in the light of the reasons actually supplied. . . . If the ad hoc committee can explain an award by clarifying reasons that may have been only implicit, it may do so and need not annul. **If the decision appears incorrect or inexplicable, the ad hoc committee will be more inclined to view the absence of reasons as a ground for annulment.***⁷⁴⁸²¹⁰

In other words, it is not within the province of a Committee that is faced with incorrect reasons or inexplicable conclusions in an award to attempt to rectify, justify, or embellish the reasoning to a point where it can meet the requirements of Article 52(1)(e).

629. *In CMS, for example, a lacuna in part of the tribunal's reasoning was so great that the Committee had no choice but to annul the relevant part of the Award:*

In the end it is quite unclear how the Tribunal arrived at its conclusion that CMS could enforce the obligations of Argentina to TGN. It could have done so by the above interpretation of Article II(2)(c), but in that case one would have expected a discussion of the issues of interpretation referred to above. Or it could have decided that CMS had an Argentine law right to compliance with the obligations, yet CMS claims no such right; and Argentine law appears not to recognize it.

*In these circumstances **there is a significant lacuna in the Award, which makes it impossible for the reader to follow the reasoning on this point.** It is not the case that answers to the question raised 'can be reasonably inferred from the terms used in the decision': they cannot.*⁷⁴⁹²¹¹

630. *Thus, the CMS Committee noted instances where the tribunal could have expanded its analysis and offered reasons for its conclusions, but failed to do so. However, the Committee did not seek to fill the gaps; instead, it annulled the relevant part of the Award.*

631. *The Committee in Rumeli had a similar approach:*

*[I]f reasons are not stated but are evident and a logical consequence of what is stated in an award, an ad hoc committee should be able to so hold. Conversely, **if such reasons do not necessarily follow or flow from the award's reasoning, an ad hoc committee should not construct reasons in order to justify the decision of the tribunal.***⁷⁵⁰²¹²

[Fin de la citation de l'État du Chili]

103. Or les décisions dans la SR relatives à la compétence *ratione temporis*, notamment au §216 et les paragraphes qui en découlent directement ou indirectement, ont été adoptées par surprise par le TR, *sua sponte*, sans même entendre les Demanderesses au sujet d'un écart aussi radicale de la *res iudicata* de la SI à cet égard, et alors que toutes les parties ont plaidé sur le fondement qu'en tout état de cause la question surgie le 28 avril 2000 (la Décision 43) entraînait dans le champ de compétence du TR.²¹³

²¹⁰ 748 RALA-67, Schreuer, COMMENTARY, at Art. 52 ¶ 362 (emphasis added).

²¹¹ 749 RALA-15, CMS (Annulment) at ¶¶ 96–97 (emphasis added) (internal citations omitted) [pièce C130]

²¹² 750 RALA-34, Rumeli Telekom (Annulment) at ¶ 83 (emphasis added) [Pièce CL379]

²¹³ Pièce C9, SR : « 148. Selon la Défenderesse, les actes et omissions dont se plaignent maintenant les

104. La SR ne fournit aucune explication compatible avec la SI, la Convention et l'API sur les motifs pour lesquels le Tribunal arbitral a considéré *ex cathedra* que les questions nées entre les parties entre le 3 novembre 1997 et la date de la communication de la SI excéderaient sa compétence (§216).

Or cette absence de motivation porte sur une question en rapport direct avec l'objet et la *causa petendi* de la demande du 18 juin 2013, avec la *res iudicata* de la compétence *ratione temporis* dans la SI et a eu des conséquences déterminantes sur les points 2 à 7 du Dispositifs de la SR

105. Cela constitue une inobservation grave de règles fondamentales de procédure -droit de toutes les parties à être entendues, absence de partialité de la part des arbitres- et un défaut de motifs qui portent, l'un et l'autre, sur une question essentielle de la procédure arbitrale, à savoir la compétence. Elle trouve sa sanction dans l'article 52(1), lettres d) et e), de la Convention du CIRDI.

106. Les Demanderesses ont soutenu lors de la procédure de réexamen que

Mémoire en resoumission du 27 juin 2014²¹⁴

« 284. On rappellera à cet égard qu'indépendamment de ces circonstances particulières, l'introduction, devant un second tribunal arbitral, d'informations apparues après la Sentence, dès lors qu'il ne s'agit pas de demandes nouvelles, est parfaitement admissible :

*On le voit, la compétence du second tribunal n'est pas identique à celle du premier. Elle est largement conditionnée par l'effet de la chose jugée qui restreindra inévitablement le champ du différend à arbitrer. Accessoirement, sans doute le second tribunal pourra connaître de questions nouvelles, telles des données apparues postérieurement à la première sentence (...), mais pour l'essentiel l'étendu de sa juridiction sera réduite puisqu'elle ne pourra plus porter sur l'examen de demandes nouvelles*¹⁹⁸²¹⁵ (soulignement ajouté).

285. Dans l'affaire Amco III¹⁹⁹²¹⁶, le tribunal arbitral a ainsi considéré qu'il était compétent pour connaître de faits nouveaux, 'intervening effects', résultant d'une décision de la Cour Suprême d'Indonésie rendue postérieurement à la première sentence :

The present tribunal cannot accept Indonesia's view (observations on Jurisdiction of the New Tribunal, p.35, §5 (ii)) that the issue of the intervening effect of the Indonesian court judgments can be relitigated. Lack of intervening effect of the interlocutory decree as upheld by the Supreme Court judgment of August 4, 1980 cannot be relitigated and is res judicata.

However, the present Tribunal believes that it may be helpful to indicate to the parties at this juncture that it finds it has jurisdiction to deal with any intervening effect of the Supreme

Demanderesses tombent en dehors du champ d'application temporel et matériel du déni de justice constaté par le Tribunal Initial, qui s'étend de 1995 à 2002 »

²¹⁴ **Pièce C8**, Mémoire en resoumission du 27 juin 2014

²¹⁵ ¹⁹⁸ C-L04, Rambaud (P.), *La compétence du tribunal C.I.R.D.I. saisi après une décision d'annulation*, *Annuaire français de droit international*, Vol. 34, 1988, page 213 [**pièce CL380**]

²¹⁶ ¹⁹⁹ C-L03, *Amco v. Indonésie*, Resubmitted Case, Décision sur la compétence, 10 mai 1988, 3 *ICSID Review- Foreign Investment Law Journal* (ICSID-Rev. FILJ), page 176, §§53-54 [**pièce CL294**]

Court decision rendered on April 30, 1985 such matter being admissible as a new fact available only after the Award was rendered. (*Soulignement ajouté*)

Le présent Tribunal arbitral devra dès lors constater que l'un des actes de déni de justice commis par la République du Chili à l'égard de M. Pey et de la Fondation a eu pour effet d'empêcher les Demanderesses d'informer le Tribunal arbitral du jugement de la juridiction civile chilienne reconnaissant la « nullité de droit public » du Décret n°165, et, en conséquence, l'absence de titre de l'Etat défendeur sur l'investissement en 1995, compte tenu de la nullité de droit public du Décret n° 165. Ce qui a conduit le Tribunal arbitral à considérer que, « à sa connaissance », ce Décret n'avait pas été remis en cause par les juridictions internes et faisait toujours partie de l'ordre juridique interne chilien²¹⁷, et, par voie de conséquence, que les dispositions de l'article 5 de l'API étaient inapplicables aux faits de confiscation. »

Audience d'avril 2015²¹⁸

« Juan Garcés : (...) le Tribunal aujourd'hui a la possibilité, avec l'information dont il dispose, d'appliquer directement la Constitution du Chili. Et là, je me rappelle d'un débat qui a eu lieu à la London School of Economics entre deux illustres arbitres, Jan Paulsson, d'un côté, et Pierre Mayer, de l'autre côté. Le sujet était quelle était l'obligation et la capacité du Tribunal arbitral international d'appliquer directement la Constitution lorsqu'il voit que les administrations internes ou les juridictions internes n'agissent pas conformément à la hiérarchie des normes de l'État en question.

Il y avait deux positions, la position du Prof. Jan Paulsson était: si on vient nous demander justice, le Tribunal arbitral a l'autorité d'appliquer la Constitution même si les administrations internes de l'État ne l'ont pas appliquée, s'il y a une contradiction entre la loi suprême et son application.

Le point de vue de Pierre Mayer était de dire : oui, le Tribunal international doit respecter la hiérarchie des normes, mais conformément à l'interprétation des juridictions internes à cette application de la Constitution.

Voilà la divergence de position entre Jan Paulsson et Pierre Mayer.

Dans votre cas, je crois que cette opposition n'a pas lieu parce que, si vous prenez la position de M. Paulsson, vous avez l'autorité d'appliquer directement la Constitution, de la faire respecter dans votre interprétation du droit interne auquel renvoie l'article 10(4) de l'API.

Mais si vous prenez l'interprétation de Pierre Mayer, vous aussi avez cette compétence et cette obligation, parce que vous avez l'interprétation de la jurisprudence chilienne sur l'application de la Constitution dans l'interprétation et application du Décret-loi 77 dans les décrets de confiscation. »

[Fin de la citation des Demanderesses]

²¹⁷ Pièce C2, SI, §603

²¹⁸ Pièce C43, page 160

108. Le « résumé des positions des parties » figurant dans la SR ne fait état d'aucune objection de la Défenderesse à la compétence du TR sur les questions surgies entre les parties entre le 3 novembre 1997 et la date de la SI du 8 mai 2008 (ou après celle-ci). C'est donc sans avoir entendu les Demanderesses au sujet d'une modification de la compétence *ratione temporis* établie dans la SI et confirmée par le 1^{er} Comité *ad hoc* que la SR a modifié *ex cathedra* cet aspect de la compétence du Tribunal dans la poursuite de la même procédure arbitrale, alors même qu'elle déclare qu'il s'agit de la suite [au sens de poursuite destinée au traitement de ce qui a été annulé] de la procédure initiale.²¹⁹
109. L'État du Chili avait soutenu devant le 1^{er} Comité d'annulation à propos du droit d'être entendu :

*« One does not respond to a Bilateral Investment Treaty claim that attaches serious potential responsibility to a sovereign state orally by thinking about it for one minute in the context of a hypothetical question »*²²⁰,

*« Le Chili conclut ensuite que la privation par le Tribunal de son droit d'être entendu a, en fin de compte, eu un impact sur l'issue de l'affaire et qu'elle doit donc être qualifiée d'inobservation grave d'une règle fondamentale de procédure »*²²¹,

et le 1^{ère} Comité *ad hoc* a tranché

« Le Comité considère que le non-respect du droit d'être entendu qu'il a constaté est grave car la question sur laquelle le Chili a été privé du droit de présenter ses arguments était substantielle et déterminante pour le résultat. (...) Compte tenu des conclusions du Tribunal, qui font partie du dispositif, il est évident que cette question était un élément crucial de la Sentence et que cela a causé un dommage substantiel au Chili. Le Comité conclut donc qu'il n'a pas d'autre choix que celui d'annuler le paragraphe 4 du dispositif de la Sentence. En outre, si le Chili avait eu l'opportunité de présenter ses arguments sur (...), la Sentence aurait pu être substantiellement différente. Bien que, comme l'a décidé le Comité ci-dessus²⁰⁵, la partie requérante ne soit pas tenue de démontrer que le résultat final aurait été différent si la règle avait été observée, le Comité est d'accord avec le Chili sur le fait que le Tribunal est allé au-delà du critère qu'il avait fixé (...) Sans procéder à une analyse du critère applicable et du calcul des dommages-intérêts, il n'y a aucun doute que le Chili a démontré l'impact que cette violation substantielle a pu avoir sur la Sentence.

*En résumé, le Comité conclut que seul le paragraphe 4 du dispositif de la Sentence doit être annulé.*²²²

110. Cette conclusion du 1^{er} Comité *ad hoc* est d'autant plus appropriée ici que le TR n'a pas entendu les Demanderesses ne fût-ce qu'« une minute », et n'a pas

²¹⁹ **Pièce C9**, SR, §§171, 188 : «Pour le Tribunal, il est clair que la présente instance est le prolongement de l'arbitrage initial... »

²²⁰ **Pièce C20**, Décision du 1^{er} Comité *ad hoc*, §252

²²¹ **Ibid**, §254

²²² **Pièce C20**, Décision du 1^{er} Comité *ad hoc*, §§252, 254, 269, 270

respecté leur droit d'être entendues au sujet de la mise en question de la compétence *ratione temporis* établie dans la SI.

Ceci est grave car ce sujet est substantiel et a été déterminant pour le résultat exprimé dans les points 2 à 7 du Dispositif et pour leurs fondements.

L'envergure du préjudice saute également aux yeux, il suffit de comparer ces points du Dispositif avec les prétentions et les fondements des demandes formulées par les Demanderesses relatives à la fixation du *quantum* du dédommagement pour les actions commises par l'État du Chili après le 3 novembre 1997 à l'encontre de leur droits garantis par l'API.

En conséquence les Demanderesses soumettent respectueusement que le 2^{ème} comité *ad hoc* doit annuler les points 2 à 7 de la SR en vertu de ce que dispose l'article 52(1), lettres d) et e), de la Convention du CIRDI.

111. Cette conclusion est également conforme à l'interprétation et l'application que le 1^{er} Comité *ad hoc* a fait de l'article 52(1)(d), à savoir

« 72. Le Comité est d'accord avec le Chili sur le fait que ce motif d'annulation comporte trois éléments : (i) la règle de procédure doit être fondamentale ; (ii) le Tribunal doit y avoir contrevenu ; et (iii) cette inobservation doit être grave.³⁰²²³

« 73. Les règles fondamentales de procédure sont les règles de procédure qui sont essentielles à l'intégrité du processus arbitral et qui doivent être observées par l'ensemble des tribunaux CIRDI. Les parties sont d'accord sur le fait que ces règles comprennent le principe du contradictoire, le traitement juste et équitable des parties, une répartition appropriée de la charge de la preuve et l'absence de partialité.

« 74. Le second critère exige que le Comité examine l'intégralité du dossier, notamment les transcriptions et la Sentence, afin de déterminer si le Tribunal a violé ou non la règle en question.

« 75. Le troisième critère est lié à la gravité de l'inobservation. Ici, le Comité note qu'il existe un désaccord significatif entre les parties quant à la manière dont la gravité de la violation doit être déterminée.

« 76. Le Comité observe qu'il existe deux séries de précédents relatifs à cette condition importante. Ils ont été bien résumés par la Défenderesse lors de l'audience sur l'Annulation³¹²²⁴ :

- Certains comités ont regardé l'importance du droit en jeu. Si le droit est fondamental ou important, le fait d'en être privé est susceptible de porter atteinte à la légitimité ou l'intégrité du processus arbitral. Par conséquent, selon ces comités, la violation d'un tel droit mérite réparation. Ainsi que l'ont relevé certains commentateurs et comités, 'the

²²³ 30 Voir Tr. Annulation [1] [pp. 22-23] (Ang.) ; [pp. 10-11] (Fr.) ; [pp. 25 – 26] (Esp.).

²²⁴ 31 Voir Tr. Annulation [1] [35:1-19] (Ang.) ; [15:26-37] (Fr.) ; [38:1-18] (Esp.).

departure must be more than minimal'²²⁵ ou 'must be substantial and be such as to deprive a party of the benefit or protection which the rule was intended to provide'^{33, 226}

- D'autres comités ont relevé que la règle fondamentale doit être relative à une question déterminante pour le résultat. Dans l'affaire Wena, le comité a estimé que 'the violation of such a rule must have caused the Tribunal to reach a result substantially different from what it would have awarded had such a rule been observed'^{34, 227}

« 77.(...) La Défenderesse est d'un avis différent et avance que prouver d'une manière qui ne laisse la place à aucun doute que le Tribunal aurait modifié sa sentence impose un obstacle insurmontable qui ignore la valeur inhérente de la règle elle-même^{35, 228} Elle conclut qu'il appartient au Comité de rechercher si, dans le cas où la règle aurait été observée, il existe une possibilité distincte (une « chance ») que cela ait pu faire une différence quant à une question cruciale.

« 78. Le Comité souscrit à l'opinion de la Défenderesse. La partie requérante n'est pas tenue de démontrer que le résultat aurait été différent, ni qu'elle aurait gagné l'affaire, si la règle avait été respectée. Le Comité note en fait que, dans Wena, le comité a déclaré que la partie requérante doit démontrer 'the impact that the issue may have had on the award'^{36, 229} Le Comité est d'accord sur le fait que c'est précisément de cette manière que la gravité de l'inobservation doit être analysée.

« 79. Les parties ont également évoqué la question de savoir si un comité peut, à sa discrétion, refuser d'annuler une sentence même dans le cas où il estime que le tribunal a commis une inobservation grave d'une règle fondamentale de procédure^{37, 230}. Un examen par le Comité de décisions récentes rendues par d'autres comités ad hoc révèle que beaucoup d'entre eux ont conclu qu'ils disposaient d'une certaine liberté d'appréciation pour refuser d'annuler une sentence même dans le cas où un motif d'annulation est établi, à condition qu'un tel motif n'ait aucune conséquence pratique^{38, 231}. Cependant, certains comités ont exprimé l'avis selon lequel un tel raisonnement ne s'applique pas à l'article 52(1)(d) dans la mesure où la condition d'une inobservation « grave » renferme déjà en elle-même le caractère substantiel de l'impact. Par conséquent, si un tel motif est démontré, il entraîne une annulation ipso facto^{39, 232}

²²⁵ 32 Voir Commentaire Schreuer Art. 52, § 287.

²²⁶ 33 Voir Maritime International Nominees Establishment c. République de Guinée, Affaire CIRDI ARB/84/4, Décision sur l'annulation en date du 2 décembre 1989, § 5.05 (ci-après « Décision MINE ») ; Décision Amco II, §§ 9.09 - 9.10 ; Décision CDC, § 49.

²²⁷ 34 Voir Wena Hotels Ltd. c. République arabe d'Égypte, Affaire CIRDI ARB/98/4, Décision sur l'annulation en date du 5 février 2002, § 58 (ci-après « Décision Wena ») ; Repsol YPF Ecuador S.A. c. Empresa Estatal Petróleos del Ecuador, Affaire CIRDI ARB/01/10, Décision sur l'annulation en date du 8 janvier 2007, § 81 ; Décision CDC, § 49.

²²⁸ 35 Voir Tr. Annulation [1] [30:11-31:7] (Ang.) ; [14:9-19] (Fr.) ; [33:11-34:4] (Esp.).

²²⁹ 36 Voir Décision Wena, § 61.

²³⁰ 37 Voir Mém. Déf. Annul., para 86 ; Rép. Déf. Annul., §§ 41-42 ; Répl. Dem. Annul., § 33.

²³¹ 38 Voir Décision Wena ; Décision CDC ; Décision Soufraki ; Compañía de Aguas del Aconquija S.A. et Vivendi Universal c. la République argentine, Affaire CIRDI ARB/97/3, Décision sur l'annulation en date du 3 juillet 2002 (ci-après « Décision Vivendi I ») ; Patrick Mitchell c. la République démocratique du Congo, Affaire CIRDI ARB/99/7, Décision sur l'annulation en date du 1er novembre 2006 (ci-après « Décision Mitchell »).

²³² 39 Voir Décision CDC ; Rumeli Telekom A.S. et Telsim Mobil Telekomunikasyon Hizmetleri c. la

« 80. De l'avis du Comité, il ne dispose d'aucune liberté d'appréciation pour refuser d'annuler une sentence si une inobservation grave d'une règle fondamentale est démontrée. Le Comité exerce son pouvoir de libre appréciation lorsqu'il détermine si l'inobservation était grave ou non. L'examen de la gravité de l'inobservation implique un examen de la gravité de l'acte concerné, c'est-à-dire la privation du droit légal protégé par la règle, ainsi qu'un examen de la gravité de la conséquence ou de l'impact de l'inobservation. La libre appréciation du Comité réside dans l'évaluation de l'impact. L'impact sera très probablement significatif et requerra une annulation si l'inobservation affecte le droit légal des parties en ce qui concerne une question déterminante pour le résultat. En d'autres termes, une constatation selon laquelle, si la règle avait été observée, le tribunal aurait pu parvenir à une conclusion différente. Cependant, comme indiqué ci-dessus, le Comité ne considère pas qu'une requérante est tenue de prouver que le tribunal aurait nécessairement modifié sa conclusion si la règle avait été observée. Cela impliquerait qu'un comité entre dans le domaine de la spéculation, ce qu'il ne doit pas faire. Le Comité commencera donc par chercher à déterminer s'il y a eu une inobservation d'une règle fondamentale de procédure et, dans l'affirmative, il examinera ensuite l'impact de la violation pour déterminer si elle est grave ou non. »

[Fin de la citation du 1^{er} Comité *ad hoc*]

5.5 La SI a tranché et le 1^{er} Comité *ad hoc* a confirmé que les demandereses ont prouvé le préjudice causé par la violation de l'article 4 de l'API. La SR a enfreint la *res iudicata*

112. La SI a précisé que « la défenderesse n'a pas jugé nécessaire ou utile de discuter ou de réfuter les thèses des demandereses quant à l'évaluation d'un préjudice (à son avis inexistant). Elle a cependant contesté fermement les méthodes d'évaluation des dommages et intérêts employées par ses parties adverses »²³³, et la Décision du 1^{er} Comité *ad hoc* a rejeté la prétention de l'État selon laquelle les Demandereses n'auraient pas satisfait à la charge de la preuve du préjudice causé par la violation à l'article 4 de l'API et, qu'en conséquence, la SI devrait être annulée.
113. Les développements ci-après confirment que la SR a commis une inobservation grave d'une règle fondamentale de procédure, un défaut de motif²³⁴ et, en outre, un excès de pouvoir manifeste en décidant que les Demandereses n'auraient pas

République du Kazakhstan, Affaire CIRDI ARB/05/16, Décision sur l'annulation en date du 25 mars 2010 (ci-après « Décision Rumeli »).

²³³ Pièce C2, SI, §684

²³⁴ Voir le Mémoire en annulation de la SR, section 2.4

satisfait à la charge de la preuve dès lors que cette question a été tranchée dans la SI et a l'autorité de la chose jugée.²³⁵

114. Le Chili avait demandé au 1^{er} Comité *ad hoc* d'annuler la SI dès lors que les Demanderesses n'avaient pas prouvé le préjudice qu'elles alléguaient causé par la violation de l'article 4 de l'API par la Décision 43 du 28 avril 2000 et le déni de justice qui lui est lié :

Memorial on Annulment

*“on the issue of damages, the Tribunal proceeded to award Claimants damages for those violations with respect to which the **Claimants had not really asserted any damages at all.*** (...)

*despite the fact that it admitted both that the **Claimants bore the burden of proof regarding damages, and that the Claimants had in fact provided no arguments or evidence at all in that regard with respect to the two claims that constituted the ultimate bases of responsibility** [i.e. la Décision 43 et le déni de justice qui lui est lié], it is evident that the Tribunal disregarded even its own standards on the issue, and improperly reversed the burden of proof²³⁶*

Reply on Annulment

*« §206 (...) Claimants do not articulate a clear (or viable) standard regarding the allocation of the burden of proof, to justify the Tribunal's actions. Because the **Tribunal improperly allocated the burden of proof on the critical issues of (...) denial of justice, discrimination and damages**, the Award must be annulled pursuant to Article 52(1)(d).*

“§234. (...) Claimants never presented—and therefore now cannot identify—any documentary evidence, legal support, witness testimony, or damages evaluation associated with the purported denial of justice and discrimination “claims.” The Committee should not ignore this important corollary of Claimants' failure to assert the claims that were the basis of the Award.²³⁷

§237. Claimants are unable to demonstrate that they satisfied their burden of proof on damages concerning the discrimination and denial of justice claims (...)

²³⁵ V. dans la **pièce C40**, Réplique du 9 janvier 2015 des Demanderesses, les §§304-307, 308, 315 démontrant que la SI et le 1^{er} Comité *ad hoc* ont établi que les Demanderesses avaient satisfait à la charge de la preuve qui leur incombait relative à la prétention du Chili devant le TR selon laquelle « *Claimants never explained what the discrimination consisted of, exactly; how they were purportedly harmed by Decision 43; or what an appropriate measure of damages for the alleged discrimination might be* » [Chile's Resubmission Counter-Memorial (27 October 2014, **pièce RA-0134**, ¶ 276] ; ou » *Claimants rely primarily on repetition of their own assertion that the [First] Award had already ruled on the existence of harm and deemed that it was caused by the Respondent's breaches of article 4 of the Spain-Chile BIT, instead of actually quoting any relevant passage of the First Award*” (Counter-Memorial, §376)

²³⁶ **Pièce C294**, Memorial on Annulment, 10 June 2010, §§367-368

²³⁷ **Pièce C269**, Reply on Annulment, 22 décembre 2010, §234

§239. (...) *it is evident that Claimants failed to carry their burden of proof on damages on the alleged denial of justice and discrimination claims, and that the Tribunal erred in allowing any damages at all for those alleged claims.*

[Caractères appuyés ajoutés]

Disons tout de suite que ceci est faux. Lorsque dans le §689 la SI a considéré que

« *les demanderesses n'ont pas apporté (...) de preuve convaincante (...) des importants [3] 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* » [soulignement ajouté],

la SI fait manifestement référence non à l'existence des préjudices (points 2 et 3 du Dispositif de la SI) mais au montant financier équivalent à la *restitutio in integrum* que les Demanderesses alléguaient.²³⁸

L'existence des préjudices n'est en aucun cas mis en cause puisque le TI décide de déterminer lui-même le montant de la compensation financière -une décision que le premier Comité *ad hoc* ne met nullement en cause, et le dit explicitement- mais il le fait en se contredisant dans *le raisonnement* et *le processus* relatif à l'évaluation du dommage financier dans le point 4 du Dispositif.

115. En effet, la SI a distinguée entre [1] -les infractions à l'API survenues à partir de la Décision 43- qui ont causé [2] -le préjudice- et [3] -l'évaluation de la portée pécuniaire découlant d'une investigation circonstanciée de [1] et [2].

Le chapitre VII de la SI -« *RESPONSABILITÉ DE L'ÉTAT POUR LES VIOLATIONS DE L'API* » - a établi [1] à la section A -« *Application dans le temps des dispositions de fond de l'API* », et [2] à la section B - « *Le bien-fondé des violations alléguées* »- et puis il a décidé de procéder lui-même à établir [3] dans le chapitre VII -« *DOMMAGES* »- l'évaluation de la portée pécuniaire de [2], non suffisamment étayée par les Demanderesses selon la SI.

116. La SR a cependant repris en 2016 la prétention de l'État Défendeur en 2010 devant le 1^{er} Comité *ad hoc* et a attribué à ce dernier d'avoir fondé son annulation du point 4 du Dispositif de la SI sur ce que le TI aurait commis précisément la faute dénoncée par le Chili devant le 1^{er} Comité, à savoir:

Sentence de resoumission²³⁹

²³⁸ **Pièce C2**, SI, §683 : « *elles ont chiffré 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 à M. Pey Casado* »

²³⁹ **Pièce C9en**, Sentence de resoumission, version en anglais

« §212. (...) the process followed by the First Tribunal consisted of the following steps:

- *the existence of injury resulting from the original expropriation of the investment required no demonstration.*

[Ceci est inexact, le présent Comité *ad hoc* ne trouvera une telle affirmation dans la SI, ni dans la Décision du 1^{er} Comité *ad hoc*. La SI affirme catégoriquement que les Demanderesses ont prouvé que [2] le préjudice a été causé par [1] la Décision 43 du 28 avril 2000 et le déni de justice qui lui est lié (§§627-674), et que l'État du Chili a reconnu le 6 mai 2003 devant le TI «*l'invalidité des confiscations*» des biens de CPP S.A., «*le devoir de compensation*», «*l'illégalité des confiscations opérées par l'autorité militaire chilienne sur les biens litigieux*» (§667, 668, nbp 617 ; réitérés dans les §§677, 678 et la nbp 623)]

- *the Claimants had not produced any proof, or at least any convincing proof, of any kind for the existence of damage caused by the facts falling within the competence of the First Tribunal ratione temporis.*

[Ceci est inexact, le présent Comité *ad hoc* ne trouvera une seule affirmation dans la SI, ni dans la Décision du 1^{er} Comité *ad hoc*, qui mettrait en cause «*l'existence*» du préjudice causé par la Décision 43 du 28 avril 2000 et le déni de justice qui lui est lié en même temps que l'État reconnaissait devant le TI l'invalidité de la confiscation des biens de CPP S.A. Ceci est explicitement affirmé dans les §§627-674 et les points 2 et 3 du Dispositif de la SI, confirmés par le 1^{er} Comité *ad hoc*. Au contraire de ce qu'affirme ce fondement du Dispositif de la SR, la SI différencie dans ses §§685 entre, d'un côté, [2] «*le préjudice*» causé par [1] ces actes de l'État à partir du 28 avril 2000 -tranchés et condamnés dans les §§627-674 et les points 2 et 3 du Dispositif, *res iudicata*- et, d'un autre côté, [3] «*l'évaluation*» pécuniaire alléguée du préjudice dans les §§685, 686, 689, 690, 691, 692, 693 et le point 4 du Dispositif, annulé par le 1^{er} Comité *ad hoc*]

- *in the absence of proof, and the unavailability in the circumstances of alternative expert evidence, the First Tribunal was empowered to make its own evaluation by reference to "objective elements" ...*.
- *this evaluation could not be of the damage suffered by reason of the original expropriation, but had instead to be of the damage resulting from the breach of the guarantee of fair and equitable treatment under the BIT.*

[Ceci omet complètement l'importance cruciale dans la SI de la reconnaissance par l'État devant le TI le 6 mai 2003 e «*l'invalidité des confiscations*» des biens de CPP S.A. et du «*devoir de compensation*» qui en découle (§667, 668, nbp 617, et point 3 du Dispositif, confirmés par le 1^{er} Comité *ad hoc* avec l'autorité de la chose jugée]

Ces prémisses et conclusions contrariant l'autorité de la chose jugée ont eu une conséquence directe sur le raisonnement de la SR

« §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 [2] préjudice a été causé à l'une ou/et l'autre du fait de la violation par la Défenderesse de [1] la norme de traitement juste et équitable du TBI, puis d'établir en [3] termes financiers le dommage quantifiable correspondant. »

[Fin de la citation de la SR]

Le présent Comité *ad hoc* pourra constater que le TR annonce ici, pour la 1^{ère} fois dans la procédure de resoumission, que la SI n'aurait pas tranché, et le 1^{er} Comité confirmé en qualité de *res iudicata*, que les Demanderesses avaient prouvé [2] le préjudice causé par [1] les actes de violation de l'API depuis le 28 avril 2000 en même temps que l'État reconnaissait devant le TI en 2003 l'illégalité de la confiscation des biens de CPP S.A. et l'obligation d'indemniser les propriétaires.

117. Or, tout au contraire de ce qu'affirme ce fondement du Dispositif de la SR, la Décision du 1^{er} Comité *ad hoc* a confirmé que la SI a correctement tranché que les Demanderesses avaient produit la preuve des faits et des fondement juridiques de la responsabilité de l'État du Chili pour la violation du traité, de ce que cette violation était la source du [2] préjudice causé par [1] la Décision 43 et le déni de justice qui lui est lié.

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 – [Décision 43] 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 [1] commis un déni de justice et refusé de traiter les demanderesses de façon juste et équitable.

*« X. **Dispositif. Par ces motifs** Le Tribunal arbitral, à l'unanimité, (...)*

2. constate que la défenderesse a [1] 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 [2] compensation ;

4. ordonne à la République du Chili de [3] 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 .» [Ce point [3] a été annulé par le 1^{er} Comité *ad hoc*]

Le 1^{er} Comité *ad hoc* a en effet rejeté la prétention du Chili d'annuler la SI pour avoir manqué à cette exigence, dans les termes suivants :

Décision du 1^{er} Comité *ad hoc* :

“G. Dommages-intérêts (...)

« (ii) Charge de la preuve²⁴⁰

« 272. La question soulevée par le Chili au regard de cet aspect de l'article 52(1)(d) est celle de savoir si les Demanderesses ont satisfait à la charge de la preuve de leur [2] préjudice qui pesait sur elles. » [Soulignement ajouté]²⁴¹

[À l'évidence, le fondement du Dispositif de la SR relatif à l'absence de la preuve par les Demanderesses du préjudice avait déjà été plaidé par le Chili devant le 1^{er} Comité *ad hoc* et rejeté par celui-ci dans les termes suivants :]

Analyse et décision du 1^{er} Comité *ad hoc* :

« Positions des parties

Position du Chili

273. Le Chili souligne le fait que le Tribunal [initial] a reconnu que les Demanderesses avaient la charge de prouver leur [2] préjudice et qu'elles n'avaient pas apporté de preuves relatives à [3] l'évaluation du préjudice dans le cadre des demandes fondées sur le [1] déni de justice et la discrimination. **Nonobstant ce postulat**, le Tribunal a octroyé aux Demanderesses des [3] dommages-intérêts au titre de la [1] violation du principe de traitement juste et équitable.²⁴²

274. Le Chili soutient que:

²⁴⁰ Pièce CL376, Décision du 1^{er} Comité *ad hoc*, version en anglais : «(ii) **Burden of Proof** » ; pièce CL373, id., version en espagnol : “(ii) **Carga de la prueba**”

²⁴¹ **Ibid.**, Décision du 1^{er} Comité *ad hoc*, version en anglais : “272. The ground raised by Chile in connection with this aspect of Article 52(1)(d) is whether the Claimants satisfied their burden of proving their [2] damages.” Pièce CL373, id., version en espagnol :” 272. La causal invocada por Chile en relación con este aspecto del Artículo 52(1)(d) se refiere a si las Demandantes cumplieron con la carga de la prueba sobre la cuestión de [2] los daños.”

²⁴² Pièce CL376, Décision du 1^{er} Comité *ad hoc*, version en anglais : “273. Chile lays emphasis on the Tribunal’s acknowledgment that the Claimants had the burden of proving their [2] damages and they had not presented any evidence concerning the [3] valuation of damages for the denial of justice and discrimination claims. Notwithstanding this premise, the Tribunal awarded Claimants damages [3] for [1] violation of the fair and equitable treatment.” Pièce CL373, id., version en espagnol : “²⁷³. Chile destaca que el Tribunal reconoció que las Demandantes soportaban **la carga de la prueba** sobre la cuestión de [2] los daños, pero que no habían presentado prueba alguna sobre la [3] evaluación de los daños respecto de las demandas [1] por denegación de justicia y discriminación. A pesar de esto, el Tribunal procedió a otorgar a las Demandantes una [3] indemnización por la [1] violación del tratamiento justo y equitativo.”

*Because the Tribunal rendered such determination on [3] damages against the Respondent **despite the fact that it admitted both that the Claimants bore the burden of proof regarding [3] damages, and that the Claimants had in fact provided no arguments or evidence at all in that regard with respect to the [1] two claims that constituted the ultimate [2] bases of responsibility, it is evident that the Tribunal disregarded even its own standards on the issue, and improperly reversed the burden of proof.***

275. La Défenderesse ajoute que, si la charge de la preuve avait en fait été placée sur les Demanderesses, la Sentence aurait pu être très différente. **Par conséquent, conclut le Chili, le Tribunal a violé une règle fondamentale de procédure.**²⁴³

[Soulignements ajoutés]

Analyse du Comité

277. Compte tenu de la conclusion du Comité dans la section précédente de sa Décision, selon laquelle le Tribunal a privé le Chili du droit d'être entendu sur la question du [3] calcul des dommages-intérêts, ce qui constituait une inobservation grave d'une règle fondamentale de procédure au sens de l'article 52(1)(d) de la Convention CIRDI, le Comité estime que ce motif d'annulation est en fait englobé dans la violation du droit d'être entendu ou qu'il est devenu sans objet. Cependant, afin de dissiper tout doute en ce qui concerne la Demande du Chili [la charge de la preuve], le Comité décide de la rejeter.²⁴⁴

[Fin de la citation de la Décision du 1^{er} Comité *ad hoc*. Soulignement ajouté]

118. Que les Demanderesses on satisfait devant le TI à **la charge d'identifier et prouver le dommage** -au sens [2] de réalité d'un préjudice- dont la cause est [1] l'infraction à l'API est en conséquence *res iudicata* dans la SI. La prétention en sens contraire a

²⁴³ Pièce CL376, Décision du 1^{er} Comité *ad hoc*, version en anglais : »275. *The Respondent adds that if the burden of proof, had in fact, been placed upon the Claimants, the Award might have been very different. Therefore, concludes Chile, the Tribunal departed from a fundamental rule of procedure.*» Pièce CL373, id., version en espagnol: "275. La Demandada agrega que si **la carga de la prueba** se hubiera asignado a las Demandantes el Laudo final podría haber sido sustancialmente distinto. Por lo antedicho, Chile concluye que el Tribunal incurrió en un quebrantamiento grave de una norma fundamental de procedimiento."

²⁴⁴ Pièce CL376, Décision du 1^{er} Comité *ad hoc*, version en anglais : » 277. In light of the Committee's finding in the previous section of its Decision that the Tribunal denied Chile the right to be heard on the question of [3] the calculation of damages which amounted to a serious departure from a fundamental rule of procedure in breach of Article 52(1)(d) of the ICSID Convention, the Committee considers that this ground for annulment is in fact subsumed in the denial of the right to be heard or has become moot. However, in order to dispel any doubt regarding Chile's Application the Committee decides to deny it.» Pièce CL373, id., version en espagnol : "277. En virtud de la conclusión del Comité en la sección anterior acerca de la Decisión llegada sobre la denegación del Tribunal del derecho a ser oído de Chile en materia de la evaluación de los daños, que equivalía a un quebrantamiento grave de una norma fundamental de procedimiento en violación del Artículo 52(1)(d) del Convenio del CIADI, el Comité considera que esta causal de anulación se encuentra de hecho subsumida en la denegación del derecho a ser oído o se ha tornado innecesaria. Sin embargo, **para despejar toda duda acerca de la Solicitud de Chile, el Comité decide rechazarla.**"

été explicitement alléguée par le Chili et rejetée aussi explicitement par le 1^{er} Comité *ad hoc*.

119. La SR manque de toute motivation relative à cette conclusion du 1^{er} Comité *ad hoc*, dont ni l'État ni la SR font aucune mention.
120. À l'opposé de ce qu'affirme le §§212 de la SR, ce que la Décision du 1^{er} Comité a annulé²⁴⁵ est le *reasoning, the processus* contradictoire relatif à la seule [3] **évaluation** du dommage qui figure dans les paragraphes de la SI §§686, 688, 689, 691, 692 de la SI :

« 686. Il y a lieu de relever d'abord que l'argumentation des demanderesses concernant l'évaluation [[3], quantum] du dommage (ainsi du reste, par voie de conséquence, que la réfutation esquissée par la 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.

688. L'expropriation survenue avant l'entrée en vigueur du traité ayant été écartée de l'examen du Tribunal arbitral, il en résulte que, pour cette raison déjà, les allégations, discussions et preuves relatives au dommage [[3], quantum] subi par les demanderesses du fait de l'expropriation, manquent de pertinence et ne peuvent pas être retenues s'agissant d'établir un [2] **préjudice, résultant lui d'une autre CAUSE**, de fait et de droit, celle du [1] déni de justice et du refus d'un « traitement juste et équitable ». [« Autre » souligné dans l'original de la SI, caractères appuyés ajoutés]

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 [[3], quantum] 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* [[3], quantum], du *lucrum cessans* [[3], quantum], ou encore d'un dommage moral [[3], quantum] - la simple vraisemblance d'un dommage dans les circonstances concrètes de l'espèce ne suffisant évidemment pas.

691. Il est clair aussi, quoi qu'il en soit, que tout recours à une expertise [[3], quantum], 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

²⁴⁵ **Pièce C20**, Décision du 1^{er} Comité *ad hoc*, voir notamment le §271 : » (...) contestaient le raisonnement des tribunaux quant à la quantification des dommages-intérêts. 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". **Pièce CL376**, Décision du 1^{er} Comité *ad hoc*, version en anglais : »271 . (...) were challenging the reasoning in the tribunals' quantification of damages. The Committee in the present section of its Decision has found an annulable error in the process which the Tribunal followed in reaching its conclusion not in the way it calculated the amount of damages" Soulignement ajouté

raisons diverses, dont la complexité inhabituelle des questions litigieuses et l'attitude même des parties.

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 [[3], quantum] 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 [1] la Décision n° 43, ont fixé le montant [[3], quantum] de la réparation due aux personnes ayant, selon elles, droit à [2] une indemnisation. »*

121. Or la SR a reconsidéré ce qui est *res iudicata* et a accepté que le Chili rouvre et plaide à nouveau la même question tranchée dans la SI et rejetée par le 1^{er} Comité *ad hoc*, comme l'atteste-le §231 de la SR:

« 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 [2] préjudice a été causé à l'une ou/et l'autre du fait de la violation par la Défenderesse de la norme de [1] traitement juste et équitable du TBI, puis d'établir en termes [3] financiers le dommage quantifiable correspondant. »²⁴⁶

122. Il ne s'agit pas ici de la part des Demanderesses d'un “disagreement with the analysis of the Tribunal as to causation, or with respect to the assessment of the evidence or the interpretation of the law” comme prétend le §387 du Counter-Memorial citant le comité *ad hoc* de l'affaire *Suez*, mais du fait qu'en contrariant ce qui est *res iudicata*, en examinant à nouveau la question de l'absence supposée de **la preuve du dommage** -au sens de réalité d'un [2] **préjudice**, non au sens [3] d'**évaluation** qui restait seule à établir (mission unique du TR)- causé par l'infraction à l'article 4 de l'API lors de [1] la Décision 42 et le déni de justice qui lui est lié - rejetée par le 1^{er} Comité *ad hoc*, comme on a vu- la SR a commis dans les points 2 à 6 de son Dispositif et leurs fondements un excès de pouvoir manifeste, une inobservation grave à une règle fondamentale de procédure (biais), et un défaut de motifs -ces derniers contrariaient totalement l'autorité de la chose jugée de la SI et de la Décision du 1^{er} Comité *ad hoc*.

La SR de dire :

*« §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 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 [3] l'**évaluation** du dommage, sans démontrer au préalable la*

²⁴⁶ **Pièce CL376**, version anglaise : “The question remaining for the Tribunal, and it is the central question in these resubmission proceedings, is whether, and to what extent, the Claimants have met that **burden of proving** what [2] injury was caused to either or both of them by the Respondent's breach of [1] the standard of fair and equitable treatment in the BIT, and then of establishing the corresponding assessable damage in [3] financial terms.”

*nature précise du [2] **préjudice**, le lien de **causalité** et **le dommage** lui-même ».²⁴⁷
[Soulignement ajouté]*

Et pour cause, ces questions [1] et [2] ayant été tranchées dans la SI telle qu'expressément confirmée par le 1^{er} Comité *ad hoc*, il ne restait qu'à [3] évaluer le montant du dommage (*the assessment of damages* ou *quantum*) entraîné par la Décision 43 et le déni de justice qui lui est lié, selon ce que la SI avait tranché²⁴⁸ et le 1^{er} Comité *ad hoc* confirmé²⁴⁹. Telle était la mission confiée par les Demanderesses au TR le 18 juin 2013 et que la SR a refusée.

123. En l'absence de ces prémisses et conclusions de la SR contrariant la décision du 1^{er} Comité *ad hoc* de rejeter lesdites propositions de l'État du Chili relatives à la charge de la preuve, *res iudicata*, la suite du raisonnement et du processus menant aux point 1 à 6 du Dispositif de la SR aurait vraisemblablement été différent, à savoir :

« 215. (...) la Sentence Initiale [a] fait abstraction [sic] de la distinction entre [2] le **préjudice** (et la question connexe du lien de causalité) et [3] 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 31 des Articles de la CDI. Nul doute que ce point n'était pas pertinent dans le contexte de la procédure d'annulation, une fois que le Comité *ad hoc* avait en tout état de cause déterminé que les parties pertinentes de la Sentence Initiale devaient être annulées pour d'autres motifs [sic, bien au contraire, l'État l'ayant allégué, « **afin de dissiper tout doute en ce qui concerne la Demande du Chili, le Comité décide de la rejeter** »]. Mais il s'agit d'un point qui doit demeurer au premier plan dans l'examen de ce Tribunal (...) » ;

« §217. (...) Étant donné que la première étape, c'est-à-dire [1] la constatation de la violation, a déjà donné lieu à une décision ayant force obligatoire dans la Sentence Initiale, le Tribunal peut passer à la seconde, la détermination du [2] **préjudice** causé par la violation », [sic, comme on l'a vu, le 1^{er} Comité *ad hoc* a rejeté la prétention du Chili selon laquelle la SI devait être annulée des lors que, selon lui, les Demanderesse n'auraient « **satisfait à la charge de la preuve de leur [2] **préjudice** qui pesait sur elles** »]

Enfreignant la *res iudicata* à ce sujet, la SR

- i. dans les §§219-222 a réouvert cette question (v. *supra*, § 82),

²⁴⁷ **Pièce C9en**, version en anglais : “232. Once the question is reduced to the terms in the preceding paragraph, it becomes plain that the Claimants have not met this burden; indeed, it could be said that in some senses they have not even set out to do so, in as much as they have focussed their submissions on the [3] **evaluation** of damage, without undertaking the prior step of showing the precise nature of the [2] **injury**, causation and damage itself”. **Pièce C9e**, id., version en espagnol : “232. [caractères appuyés ajoutés]

²⁴⁸ **Pièce C2**, SI, §679: “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 » [soulignement ajouté]

²⁴⁹ **Pièce C20**, Décision du 1^{er} Comité *ad hoc*, §271 in fine

- ii. dans le §230 elle fait sienne la demande du Chili de 2010 que le 1^{er} Comité *ad hoc* avait explicitement rejetée « *pour dissiper tout doute* », à savoir

<u>Le Chili au 1^{er} Comité <i>ad hoc</i> en 2010</u>	<u>Décision du 1^{er} Comité <i>ad hoc</i> en 2012</u>	<u>La SR en 2016</u>
« <i>the [initial] Tribunal ...admitted ... that the Claimants had in fact provided no arguments or evidence at all in that regard with respect to the [1] two claims that constituted the ultimate [2] bases of responsibility, it is evident that the Tribunal disregarded even its own standards on the issue, and improperly reversed the burden of proof</i> »	« <i>afin de dissiper tout doute en ce qui concerne la Demande du Chili, le Comité décide de la rejeter.</i> »	a) « <i>le Tribunal Initial n'a pas déterminé quel [2] préjudice a été causé aux Demanderesses par [1] la violation</i> » de la garantie d'un traitement juste et équitable ou ses éléments constitutifs. « <i>b) il reste donc à déterminer [2] la nature et l'étendue de ce préjudice ;</i> c) <i>comme les Demanderesses n'ont pas satisfait à la charge de la preuve correspondante dans l'arbitrage initial, il leur incombe toujours de rapporter cette preuve maintenant dans la présente procédure de nouvel examen</i> »

- iii. dans le §231 :

« *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 [2] préjudice a été causé à l'une ou/et l'autre du fait de la violation par la Défenderesse de la norme de [1] traitement juste et équitable du TBI (...)* » ;

- iv. dans le §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 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 [3] l'évaluation du dommage, sans démontrer au préalable la nature précise du [2] préjudice, [1] le lien de causalité et le dommage lui-même* » ;

- v. dans le §233 :

« (...) étant donné que les Demanderesses n'ont pas satisfait à la charge de la preuve qui leur incombait, il n'y a pas de commencement de preuve que la Défenderesse, en sa qualité de partie adverse, devrait réfuter » ;

vi. Dans le §234 :

« Le Tribunal n'a donc d'autre choix que de conclure que les Demanderesses n'ont pas démontré de [2] dommage matériel causé à l'une ou l'autre d'entre elles et qui est le résultat suffisamment direct de [1] la violation par la Défenderesse de l'article 4 du TBI. Le Tribunal ne peut donc pas, par principe, octroyer de dommages-intérêts » ;

vii. Dans le §235 :

« Compte tenu de sa conclusion au paragraphe 234 ci-dessus, le Tribunal peut trancher cette question brièvement en disant que, en l'absence de toute preuve suffisante d'un [1] préjudice ou d'un dommage causé aux Demanderesses par [2] la violation du TBI établie dans la Sentence Initiale, la question de [3] l'évaluation ou de la quantification de ce dommage ne se pose pas. Le Tribunal n'a donc pas besoin d'analyser de manière plus détaillée les rapports d'expertise de M. Saura pour les Demanderesses (...) » ;

viii. Dans les §§238-239 -la demande fondée sur l'enrichissement sans cause :

« La Défenderesse répond que cette analyse reviendrait à décoréler complètement la demande du TBI, car elle se traduirait par l'octroi d'une [3] compensation sans la constatation préalable d'une [1] violation d'où résulterait le [2] préjudice devant être indemnisé. La Défenderesse ajoute que cette interprétation de l'argument des Demanderesses est attestée par la manière selon laquelle le paragraphe 380²⁵⁰ est expressément lié à l'« hypothèse » (bien que rejetée par les Demanderesses) de l'absence de l'une quelconque des circonstances qui génèrent la [2] responsabilité au titre [1] d'une violation du TBI. [Sic, le droit à compensation pour [2] le préjudice subi a été établi dans la SI et confirmé par le 1^{er} Comité *ad hoc*, *res iudicata*]

De l'avis du Tribunal, la Défenderesse a raison sur ce point» ;

ix. Dans le §243 -la demande fondée sur le préjudice moral :

« la demande au titre du dommage causé par la conduite de la Défenderesse dans la procédure arbitrale doit également être rejetée (...) le facteur le plus décisif de tous est qu'une demande de [3] dommages intérêts pour préjudice moral n'échappe pas au fardeau de la preuve [1 et 2] qui pèse sur le demandeur, comme cela a été exposé dans les paragraphes 205-206 ci-dessus. Le Tribunal relève, à ce propos, que le Tribunal Initial a exprimé clairement à deux reprises, aux paragraphes 689 et 704 de la Sentence Initiale, son

²⁵⁰ **Pièce C40**, Réplique des Demanderesses du 9 janvier 2015 dans la procédure de resoumission : « §380. Même dans l'hypothèse -quod non- où [1] les agissements de l'État Défendeur [postérieurs à la SI] à l'encontre des investisseurs ne seraient pas dolosifs, ni constitutifs d'escroquerie à la procédure et à la Sentence arbitrale, ou le Décret n° 165 ne serait pas entaché ex tunc de la nullité de droit public, l'obligation de [2] dédommagement perdue et l'État du Chili s'est enrichie sans juste cause au détriment de M. Pey Casado et, par voie de conséquence des investisseurs. Ceux-ci ont droit à la restitution de la [3] valeur de tous les fruits naturels et civils de la chose possédée de mauvaise foi, avec les intérêts correspondants, actualisée au jour de la Sentence à intervenir. »

avis selon lequel les Demanderesses avaient tout simplement manqué à leur obligation de satisfaire à la charge de cette preuve et que la simple probabilité qu'un préjudice ait été susceptible d'être subi ne suffit pas.»

La SR affirme dans ce §205 :

« l'obligation de réparer concerne [2] 'le préjudice causé par' le fait internationalement illicite ; et le 'préjudice' à cette fin est [2] le dommage 'résultant' du [1] fait internationalement illicite »,

et au §206 :

»Il est donc évident que ce Tribunal (comme le Tribunal Initial avant lui) n'est compétent que pour octroyer une réparation sous la forme d'une compensation financière, dans la mesure où il a été dûment démontré devant lui que la compensation représente une [3] évaluation équitable du [2] dommage prétendument subi par les Demanderesses qui a été effectivement causé par la violation par la Défenderesse de son obligation internationale [1] à leur égard en vertu du TBI. »

Or le §689 de la SI, comme on a vu au §114 *supra*, a considéré que la seule preuve non apportée par les Demanderesses était celle correspondant aux « importants [3] dommages [pécuniaires] allégués », sous aucune manière celle des [2] préjudices « causés par [1] les faits relevant de la compétence *ratione temporis* du Tribunal arbitral (...) », de même que le §704, « la demande relative au dommage moral », à savoir : « les demanderesses n'ont pas apporté de preuves permettant [3] l'évaluation d'un tel [2] préjudice ». [Soulignements ajoutés]

x. Dans le §244 :

*« Le Tribunal regrette que les Demanderesses ne se soient pas elles-mêmes fixées pour tâche spécifique de démontrer quel [2] préjudice et dommage particulier pouvait leur avoir été causé par la violation de [1] 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* »,*

alors que, comme on a vu *supra* (§117), la Décision du 1er Comité *ad hoc* a rejeté le 18 décembre 2012 (§§272-277) la prétention formulée en 2010 par l'État du Chili, la même sur laquelle est cependant fondée la SR ;

xi. Dans la décision du TI sur les coûts :

« §249. (...) la réticence des Demanderesses (...) à porter plutôt leur attention à l'identification, la preuve et la [3] quantification d'une demande alléguant un [2] préjudice spécifiquement centrée sur [1] la violation du TBI qui avait été reconnue par le Tribunal Initial »,

en dépit que cette même prétention relative à la charge de la preuve le Chili l'avait explicitement plaidée devant le 1^{er} Comité ad hoc et que celui-ci la rejetée non moins explicitement (v. supra (§§117-118) ;

xii. Dans le Dispositif de la SI :

“§256. Par ces motifs, le Tribunal décide, à l'unanimité : (...)

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

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

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

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

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

7) que les frais d'arbitrage de la présente procédure de nouvel examen seront partagés dans la proportion de trois quarts à la charge des Demanderesses et d'un quart à la charge de la Défenderesse, dont il résulte que les Demanderesses devront rembourser à la Défenderesse la somme de 159,509.43 USD.»

124. Conclusion : pour ces motifs, la SI a enfreint l'article 52(1), lettres c), d) et e), de la Convention CIRDI.

5.6 En cas de contrariété, la *res iudicata* de la Sentence initiale de 2008 prévaudrait sur d'éventuelles conclusions opposées figurant dans celle de 2016

125. L'autorité de la chose jugée de la SI et de la Décision du 1^{er} Comité *ad hoc*, de même que l'efficacité des articles 10(4) et 10(5) de l'API et des articles 53(1) et 48(3) de la Convention du CIRDI requièrent que toute contrariété substantielle qui existerait dans le raisonnement et le Dispositif de la SR soit annulée dès lors que cette contrariété dans la SR a) se heurte à des prises de position concernant des faits, des raisonnements ou des décisions de la SI *res iudicata* -en particulier aux §§665-674 et aux pp. 2 et 3 du Dispositif de cette dernière- et b) est, également, contraire à l'ordre public international.

126. La Convention du CIRDI ne permet pas au présent Comité *ad hoc* d'éliminer ou de modifier les contrariétés existant dans la SR en rapport avec la SI, il n'exerce pas les fonctions d'une cour d'appel.
127. La reconnaissance des fondements et décisions qui dans la SR sont inconciliables en rapport avec la *ratio decidendi* et l'objet de la SI, *res iudicata* en l'espèce, constituerait une méconnaissance à l'égard de la Convention du CIRDI et de l'API dont le cadre dominant est celui de la SI *res iudicata*, et serait également contraire à l'ordre public international.

Conformément à la Convention du CIRDI (arts. 53(1) et à l'API (articles 10(4) et 10(5)), le présent Comité *ad hoc* est tenu de reconnaître la SI et la Décision du 1^{er} Comité *ad hoc* comme obligatoires. Le corps et le Dispositif de la SI ont l'autorité de la chose jugée conformément à la Décision du 1^{er} Comité *ad hoc*.

128. Toute contrariété entre la SI et la SR devra être résolue au profit de la première en date. Ce choix est le résultat de l'application d'un critère chronologique conforme au mécanisme de la chose jugée établi dans la Convention et l'API.
129. La SR affirme au §241 qu'une demande qui « *ne figurait pas dans la requête de nouvel examen* » du 18 juin 2013 pourrait apparaître « *dans la suite de la procédure.* »
130. Cependant le fondement premier et principal des points 2 à 7 du Dispositif est précisément le refus du TR d'accepter des demandes qui portent sur des controverses relatives à l'investissement, au sens de l'API et de l'article 25 de la Convention du CIRDI, qui ne figuraient pas dans la requête du 3 novembre 1997 et qui sont apparues dans la procédure initiale après le 28 avril 2000 et/ou dans la poursuite de celle-ci le 18 juin 2013.
131. Ce refus a contrarié l'autorité de la chose jugée de la SI, qui a admis les demandes relatives à des différends relatifs à des faits survenus entre le 28 avril 2000 et la date de la clôture de l'instance (v. §85 *supra*), et la compétence *ratione temporis* sur ces points. Il était donc conforme à la SI que lors de la poursuite de la même affaire le 18 juin 2013 le Tribunal arbitral prenne acte de sa compétence sur les demandes relatives à des questions survenues entre les parties entre le 28 avril 2000 et le 8 mai 2008.
132. Cependant le TR a refusé de le faire (SR, §216), en posant un principe contraire dès lors que seul l'évaluation du montant du dommage a été annulée par le 1^{er} Comité *ad hoc* et devait être reprise sur des bases conformes à la rigueur dans le raisonnement, et aux droits des parties.
133. Les §§3 à 4 et 6 du Dispositif de la SR sont fondés sur la conclusion acceptée dans les §§231-233 selon laquelle aucun préjudice (au sens d'existence d'une atteinte dommageable) ne pouvait être démontré par les Demanderesses

- A) « 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 »,
- B) 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 (« fork-in-the-road ») du TBI, si les Demanderesses pouvaient être présumées avoir subi quelque dommage, la cause immédiate du dommage était constituée par leurs propres actes, rompant ainsi le lien de causalité. Le Tribunal estime que les arguments avancés par la Défenderesse sont parfaitement fondés.

134. En ce qui concerne le fondement du Dispositif de la SR consistant en ce qu'aucun dommage matériel n'aurait pu être démontré « 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 » (§232), la SR a **reconsidéré de fond en comble un point substantiel de la SI**, à savoir que celle-ci a pris en considération l'enjeu de l'affaire Goss pour la totalité de l'investissement : le statut du Décret n° 165, relativement à la nullité de droit public, *ab initio*, à constater *ex officio*, soumise par M. Pey devant le 1^{er} Tribunal civil de Santiago comme fondement central de son action, et qui

« fut contestée le 17 avril 1996 par le Conseil national de Défense en tant que représentant du Chili devant le tribunal civil, pour défaut de qualité pour agir (locus standi). Cela au motif que M. Pey Casado n'était pas propriétaire et donc pas légitimé à agir : premièrement, du fait que 'le Demandeur a confondu sa qualité de propriétaire de 99% du capital social de l'Entreprise périodique Clarín Ltda avec la qualité du titulaire du droit de pleine propriété sur les biens de cette dernière' » ; deuxièmement et subsidiairement, du fait 'de la validité du Décret suprême n°165, de 1975, du Ministère de l'Intérieur' portant confiscation de CPP S.A. et d'EPC Ltda. »²⁵¹ [Soulignement ajouté]

On remarquera à cet égard que le §61 de la SR avait préparé le terrain à cette dénaturation de la démarche de la SI en mettant dans la bouche des Demanderesses - à l'opposé diamétral de ce que celles-ci ont toujours soutenu- que

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

Ce n'est qu'après qu'ait été démontrée par les Demanderesses l'énormité d'une telle attribution que l'État du Chili et après lui TR ont accepté de rectifier ce §61, que le TR a sanctionné les Demanderesses en les condamnant à payer les frais de la procédure de rectification de ce paragraphe crucial, suivant ainsi la demande de l'Etat Défendeur.²⁵²

²⁵¹ Pièce C2, SI, §78

²⁵² V. la Requête du 27 octobre 2016 en rectification d'erreurs de la SI, **pièce C126**, §§12-17 et 27, et la Décision du TR sur la correction d'erreur du 6 octobre 2017, **pièce C201**, §18, 40-41, 53, 54, 58-62

135. C'est sur la base de ce constat, à savoir qu'à la date critique du **17 avril 1996** la question de la validité du Décret n° 165 était *sub lite*, puis paralysée pendant les **onze années** suivantes devant un Tribunal de justice de Santiago -ce qui a fait l'objet d'une condamnation pour déni de justice dans la SI- que le TI a été contraint par l'État Défendeur de trancher dans l'indétermination, à sa connaissance, dudit statut : « **à la connaissance du Tribunal, la validité du décret n° 165 n'a pas été remise en cause par les juridictions internes et ce décret fait toujours partie de l'ordre juridique interne chilien** ». ²⁵³ [Caractères appuyés ajoutés]

Jusqu'au 8 mai 2008 le TI a été dans l'attente de prendre connaissance de la décision du 1^{er} Tribunal civil de Santiago relative à ce Décret, confirmant de la sorte on ne peut plus clairement sa compétence *ratione temporis* sur les questions surgies entre les parties au-delà du 3 novembre 1997, de la Décision 43 et du déni de justice qui lui est lié.

Ce cadre juridico-factuel lacunaire dans lequel le TI a dû établir sa démarche n'a jamais été contesté par les Demanderesses.

Or au §66 la SR avait également préparé le terrain à la dénaturation de la SI au sujet du Décret n° 165 en attribuant aux Demanderesses d'avoir affirmé encore une fois l'opposé de ce qu'elles ont toujours soutenu et de ce que la SI a conclu avec l'autorité de la chose jugée, à savoir :

« Les Demanderesses soutiennent que le prétendu abandon par M. Pey Casado, ou la prétendue élimination par la Défenderesse du jugement du 24 juillet 2008 et de son dossier judiciaire des archives du Tribunal de Santiago, sont sans incidence sur le déni de justice résultant de l'absence de décision dans l'affaire de la rotative Goss, qui a été consommé **par** la Sentence Initiale du 8 mai 2008. » ²⁵⁴ [Soulignement ajouté, citation omise]

S'il est certain que les tentatives de l'État du Chili de faire disparaître le Jugement interne du 24 juillet 2008 n'a pu en aucune façon atténuer le déni de justice dû au retard inconcevable à prononcer la décision, une soi-disant affirmation par les Demanderesses de ce que la SI aurait en quelque sorte parachevé le déni de justice relève de l'hallucination. Mais surtout elle obscurcit la pleine conscience qu'avait le TI de la portée de cette décision à intervenir sur le point du statut du Décret 165 relativement à la nullité de droit public. ²⁵⁵

Ici encore les Demanderesses ayant démontré l'absurdité d'une telle attribution l'État du Chili et après lui TR ont accepté de rectifier ce §66, et ensuite le TR a sanctionné

²⁵³ **Pièce C2**, SI, §603

²⁵⁴ 107 CR, §§ 158- 60

²⁵⁵ Le §123 du *Counter-Memorial* omet de dire que lorsque le 18-11-2009 le TI a rejeté (**pièce C261**) la demande en révision partielle de la SI formulée le 2-06-2008 par les Demanderesses (pièce C250) l'État avait occulté à celles-ci et au TI le prononcé du Jugement interne du 24 juillet 2008

les Demanderesses en les condamnant à payer les frais de la procédure de rectification de ce paragraphe.²⁵⁶

136. La validité ou non du Décret n° 165 était donc l'enjeu principal de l'affaire Goss durant toute la procédure initiale, ce que n'ignorait pas le TI qui a pris connaissance de cet enjeu dans la Réponse du Conseil de Défense de l'État du **17 avril 1996**²⁵⁷ devant le juge de Santiago, produite par l'État Défendeur dans la procédure d'arbitrage²⁵⁸ et que la SI a étudiée²⁵⁹. Dans sa défense devant le juge de Santiago, le Conseil de Défense de l'État avait soulevé notamment les exceptions suivantes, compte tenu de la demande de M. Pey du 4 octobre 1995²⁶⁰ fondée sur l'invalidité *ex tunc* du Décret, à savoir:

1. Première exception de l'État, *in fine* :

*“1. (...) il y a lieu de porter à l'attention de V.S. que même la Société [EPC Ltée.] mentionnée ne pourrait pas être la demanderesse, car il lui manque l'habilitation pour agir dans cette affaire puisque, comme il sera démontré plus loin, le Fisc est le propriétaire (...)”*²⁶¹.

Le Jugement du 24 juillet 2008, deux mois **après** la notification de la SI, n'a pas accepté cette exception de l'État et a reconnu le droit d'agir d'EPC²⁶² (et non de M. Pey) dans le 9^{ème} Considérant :

« NEUVIÈMEMENT: Que, dans le cas de ce dossier, si le demandeur déclare expressément que la chose spécifique, objet du présent litige est la propriété d'un tiers, à savoir la société

Entreprise de Presse Clarín Ltée, qu'en conséquence il incombe à cette dernière d'avoir entrepris l'action et non au demandeur qui a comparu au présent procès, car le titulaire des droits est la personne morale et non la personne physique.

*Qu'en l'espèce le demandeur devait comparaître en qualité de représentant de la société et non en son nom, vu qu'il est seulement propriétaire, selon ce qu'il indique, de 99% de la société. (...) ».*²⁶³

2. Deuxième exception de l'État:

²⁵⁶ V. la Requête du 27 octobre 2016 en rectification d'erreurs de la SI, **pièce C126**, §§18-22 et 27 et la Décision du TR sur la correction d'erreurs du 6 octobre 2017, **pièce C201**, §§37, 42-43, 54, 58-62

²⁵⁷ **Pièce C17**, page 2 et ss

²⁵⁸ Voir dans la **pièce C2**, SI, la nbp n° 409.

²⁵⁹ **Pièce C2**, SI, §78

²⁶⁰ **Pièce C266**

²⁶¹ *“cabe hacer presente a US. que ni siguiera la Sociedad aludida podría ser la demandante ya que carecería de legitimación activa para obrar en autos pues, como o se demostrará más adelante, es el Fisco el dueño”,* **pièce C297**, page 3.

²⁶² Le *Counter-Memorial* (et la SR) omettent de traiter le fait crucial que le Juge de Santiago avait rejeté le 24 juillet 2008 l'exception du Fisc relative au droit d'agir d'EPC Ltée vingt ans après que le Décret 165 ait édicté sa soi-disant dissolution et la confiscation de ses biens

²⁶³ **Pièce C282**

« 2.- Subsidiairement à l'exception opposée au N° 1 ci-dessus, j'oppose la validité du Décret Suprême N° 165, de 1975, du Ministère de l'Intérieur. Je sollicite de V.S., dans l'éventualité improbable où [vous] n'accepteriez pas l'exception opposée au numéro précédent, qu'il vous plaise rejeter la demande [formulée] dans le dossier en toutes ses parties; dans la mesure où il n'existe pas de dépôt par nécessité comme l'indique le demandeur, puisque pour se trouver face à cette institution -dans le cas de la présente affaire- il serait préalablement nécessaire que soit déclarée la nullité du décret Suprême N° 165 de l'année 1975, du Ministère de l'Intérieure. [souligné dans l'original]

Au fond le demandeur est en train de mettre en cause ce Décret Suprême. (...)

Par conséquent, j'oppose comme exception à la demande [introduite] dans cette affaire la validité du Décret Suprême N° 165 du Ministère de l'Intérieur, publié au Journal Officiel du 17 mars 1975. Le Décret Suprême N° 165, en question, ne s'oppose pas à l'ordonnancement constitutionnel en vigueur à la date où il a été pris, pas plus qu'il ne viole le principe de légalité qui régit les actes des organes publics». ²⁶⁴ [Soulignement ajouté].

Le Jugement du 24 juillet 2008 n'a pas plus accepté cette exception.

3. Ni la 3^{ème} exception de l'État, à savoir

« j'oppose l'exception de non existence d'un dépôt par nécessité en l'espèce » ²⁶⁵ [souligné dans l'original],

« il n'existe pas de dépôt nécessaire parce que le Fisc du Chili en est venu à avoir la possession matérielle de la chose en qualité de propriétaire et non de simple détenteur. Il [en] a été possesseur avec animus domini et l'on n'est pas en présence de la catégorie [juridique] de dépôt mais de possession ». ²⁶⁶

M. Pey avait opposé dans sa Réplique du 26 avril 1996²⁶⁷ à ces exceptions formulées par le représentant de l'État (le « Fisc ») :

²⁶⁴ **Ibid.** : « 2. - En subsidio de la excepción opuesta en el Nro. 1 precedente, opongo la validez del Decreto Supremo Nro.165, de 1975, del Ministerio del Interior. Solicito a US., en el improbable evento que no acogiera la excepción opuesta en el número anterior, se sirva rechazar la demanda de autos en todas sus partes, en tanto no existe depósito necesario como lo señala el demandante, pues para estar frente a esa institución -en el caso de autos-, sería previamente necesario se declárese la nulidad del decreto Supremo Nro. 165, del año 1975, del Ministerio del Interior. **En el fondo el actor está impugnando este Decreto Supremo.** (...) Por consiguiente, opongo como excepción a la demanda de autos la validez del Decreto Supremo N° 165 del Ministerio del Interior, publicado en el Diario Oficial de 17 de marzo de 1975. El Decreto Supremo Nro. 165, ya referido, no se opone al ordenamiento constitucional vigente a la fecha en que se dictó, ni vulnera el principio de la legalidad que rige el actuar de los órganos públicos» [Soulignement ajouté]

²⁶⁵ « opongo la [excepción] de no existencia de depósito necesario en la especie (...) no [es] efectiva la existencia de un depósito necesario porque el Fisco pasó a tenor la posesión material de la máquina rotativa en calidad de dueño y no de mero tenedor. Así, el Fisco ha sido poseedor con ánimo de señor y dueño y no se da la figura del depósito sino de la posesión»

²⁶⁶ **Ibid.**, pages 8 et 9: «opongo la excepción de un depósito necesario (...) no [es] efectiva la existencia de un depósito necesario porque el Fisco pasó a tenor la posesión material de la máquina rotativa en calidad de dueño y no de mero tenedor. Así, el Fisco ha sido poseedor con ánimo de señor y dueño y no se da la figura del depósito sino de la posesión»

²⁶⁷ **Pièce C298f**, dont l'original en espagnol figure dans la pièce **C298e**

- Section « **2) LA NULLITÉ DU DÉCRET SUPRÊME N° 165 DE 1975 [ÉMANANT] DU MINISTÈRE DE LA JUSTICE** ». Avant d'exposer tous les antécédents qui obligent par impératif constitutionnel et légal à constater²⁶⁸ l'invalidité totale du Décret Suprême derrière lequel s'abrite la défense du Fisc pour justifier le refus de restituer... » ;
- Section « **3. VICE DE FORME OU INCOMPÉTENCE DE L'AUTORITÉ QUI A ÉDICTÉ LE DÉCRET SUPRÊME N° 165**. Ce que nous avons effectivement soutenu est que la nullité de droit public opère ipso iure, c'est-à-dire par le seul truchement de la loi ou de la Constitution, et par suite ce qui incombe aux tribunaux, plutôt que de déclarer la nullité est simplement de constater la nullité. Cela signifie que dans le débat en cours, du fait que se trouve opposée, comme une défense, la validité présumée du Décret Suprême n° 165, V. S., satisfaisant à l'article 170 n° 6 du Code de Procédure civile, va nécessairement devoir se prononcer à son propos ; cependant, en constatant les vices de l'acte, ce qui va être fait est seulement reconnaître -par une décision judiciaire, -déclarative d'un simple fait constant - l'absence de validité et d'effets de l'acte ab initio, parce que la Constitution l'a disposé ainsi » ;
- Section « **4. « LES ACTIONS SONT EN VIGUEUR..** (...) l'opinion des auteurs de traités [de droit] converge uniformément sur ce que la nullité de droit public, et également les actions qui requièrent sa constatation, participent d'un statut juridique particulier, qui diffère jusqu'à la moelle de celui [qui est] consacré par le droit civil." (Soulignement ajouté)

En résumé, le fait que ce Jugement interne ait constaté au Consid. 9^{ème} la nullité de droit public du Décret n° 165 dans la mesure où il reconnaît le droit d'agir à la société EPC Ltée (et non à M. Pey), ce qui rendait incompatibles le traitement des autres prétentions du Fisc en vue d'une décision -circonstance dans laquelle l'article 170²⁶⁹ du Code de Procédure chilien dispense le Juge d'en faire état. Ainsi :

- la Société mentionnée ne pourrait pas être la demanderesse, car il lui manque l'habilitation pour agir dans cette affaire puisque le Fisc est le propriétaire (...),

²⁶⁸ Précision étant faite que, selon diverses décisions de la Cour Suprême du Chili relative à des décrets confiscatoires édictés en application du Décret-loi 77, de 1983, le rôle dévolu au Juge, dans ce cas, consiste simplement à constater la réalité de la nullité de droit public de l'acte mis en cause conformément à l'article 7 de la Constitution, qui dispose : « L'article 7 de la Constitution dispose : « (...) No magistrate, individual or group of persons may claim for itself, not even under the pretext of extraordinary circumstances, powers or rights other than those that have been expressly conferred upon it by virtue of this Constitution or the laws. Any act in contravention of this article **is null** (...) » ("Ninguna magistratura, ninguna persona ni grupo de que expresamente se les hayan conferido en virtud de la Constitución o las leyes. Todo acto en contravención a este artículo **es nulo**"), emphase ajouté. Voir dans le Mémoire du 27 avril 2018 les §§316, 324, 326, 344(iv),

²⁶⁹ L'article 170 du Code de Procédure civile dispose : « Les décisions définitives de première instance, d'instance unique et celles de second [degré] qui modifieraient ou infirmeraient dans leur dispositif celles d'autres tribunaux, contiendront : (...) 6° La décision relative à l'affaire en litige. Cette décision devra comprendre toutes les actions et exceptions qu'il a été fait valoir dans le procès ; mais il pourra être omis de trancher celles qui seraient incompatibles avec celles [qui ont été] acceptées » (Las sentencias definitivas de primera o de única instancia y las de segunda que modifiquen o revoken en su parte dispositiva las de otros tribunales, contendrán: (...) 6° La decisión del asunto controvertido. Esta decisión deberá comprender todas las acciones y excepciones que se hayan hecho valer en el juicio; pero podrá omitirse la resolución de aquellas que sean incompatibles con las aceptadas.) »

- la validité du Décret Suprême N° 165, de 1975, du Ministère de l'Intérieur (...)il n'existe pas de dépôt par nécessité puisque pour se trouver face à cette institution -dans le cas de la présente affaire- il serait préalablement nécessaire que soit déclarée la nullité du décret Suprême N° 165 de l'année 1975, du Ministère de l'Intérieure. Au fond le demandeur est en train de mettre en cause ce Décret Suprême (...),

la validité du Décret Suprême N° 165 du Ministère de l'Intérieur ne s'oppose pas à l'ordonnancement constitutionnel en vigueur à la date où il a été pris, pas plus qu'il ne viole le principe de légalité qui régit les actes des organes publics».

il n'existe pas de dépôt nécessaire parce que le Fisc du Chili en est venu à avoir la possession matérielle de la chose en qualité de propriétaire et non de simple détenteur. Il [en] a été possesseur avec animus domini et l'on n'est pas en présence de la catégorie [juridique] de dépôt mais de possession».

En effet, le 19^{ème} Considérant du Jugement confirme explicitement que le refus à M. Pey du droit d'agir et son attribution à EPC Ltée [et la prescription de l'action exercée] sont incompatibles avec l'examen des autres prétentions du Fisc:

« DIX-NEUVIÈMEMENT : Qu'ayant accepté les exceptions de défaut d'habilitation à agir et de prescription, par économie procédurale et selon ce que dispose le numéro 6 de l'article 170 du Code de Procédure Civil²⁷⁰, il est omis de se prononcer quant aux autres actions et exceptions du fait qu'une décision les concernant est incompatible avec les exceptions acceptées»²⁷¹ [soulignement ajouté]

Comme on le voit, les prétentions de l'État dont le traitement en vue d'une décision a été estimé **incompatible** avec la démarche du Tribunal de Santiago sont très exactement celles qui énoncent ou impliquent la validité du Décret 165.

Conclusion : les pièces de la procédure traitée devant le 1^{er} Tribunal civil de Santiago et leur articulation dans le Jugement confirment que pour fonder les points 3 à 4 du Dispositif de la SR les §§232-233 de celle-ci ont reconsidéré la conclusion de la SI relative à l'envergure et la portée de l'affaire Goss pour la détermination du statut du Décret n° 165 en droit interne et, en conséquence, l'effet dommageable exacte de cette compensation du déni de justice, d'où pouvait seul découler le montant du dommage à compenser aux Demanderesses.

²⁷⁰ L'article 170 du Code de Procédure civile dispose : «Les décisions définitives de première instance, d'instance unique et celles de second [degré] qui modifieraient ou infirmeraient dans leur dispositif celles d'autres tribunaux, contiendront : (...) 6° La décision relative à l'affaire en litige. Cette décision devra comprendre toutes les actions et exceptions qu'il a été fait valoir dans le procès ; mais il pourra être omis de trancher celles qui seraient incompatibles avec celles [qui ont été] acceptées » (Las sentencias definitivas de primera o de única instancia y las de segunda que modifiquen o revoquen en su parte dispositiva las de otros tribunales, contendrán: (...) 6° La decisión del asunto controvertido. Esta decisión deberá comprender todas las acciones y excepciones que se hayan hecho valer en el juicio; pero podrá omitirse la resolución de aquellas que sean incompatibles con las aceptadas.)»

²⁷¹ **Pièce C282**, Jugement du 24 juillet 2008: "DECIMONOVENO: Que, habiéndose acogido las excepciones de falta de legitimación activa y de prescripción, por economía procesal y según dispone el número 6 del artículo 170 del Código de Procedimiento Civil, se omite el pronunciamiento de las demás acciones y excepciones por ser incompatible su resolución con las excepciones acogidas."

137. La SI a été également reconsidérée dans la conclusion de la SR aux §§232-233 en acceptant la prétention de l'État Défendeur selon laquelle *les Demandereses n'auraient pas pu bénéficier d'un processus d'indemnisation [la Décision 43] auquel elles avaient délibérément et explicitement choisi de ne pas participer (en raison de la clause d'option irrévocable (« fork-in-the-road ») du TBI, si les Demandereses pouvaient être présumées avoir subi quelque dommage, la cause immédiate du dommage était constituée par leurs propres actes, rompant ainsi le lien de causalité.*

Bien au contraire, la Sentence du 8 mai 2008 confirme explicitement, avec l'autorité de la chose jugée, que les Demandereses ont soutenu que la Demande complémentaire du 4 novembre 2002²⁷² - relative à la **Décision 43** et au **déni de justice** - ne constituait pas une *fork-in-the-road*²⁷³:

« §480. Selon les demanderesses, la clause d'option irrévocable ne s'applique pas davantage à leur demande complémentaire relative au déni de justice qu'elles prétendent avoir subi dans la procédure introduite devant les tribunaux chiliens pour obtenir la restitution de la rotative Goss. L'exercice de l'option irrévocable serait en effet impossible dans le cas d'un déni de justice car lorsqu'une partie porte un différend devant une juridiction interne et que cette procédure interne débouche sur un déni de justice, par définition imprévisible, alors que par ailleurs la même partie a introduit une procédure d'arbitrage, la demande portée par la suite devant le Tribunal arbitral est nécessairement différente. Le déni de justice dans la procédure introduite en 1995 pour obtenir la restitution de la rotative Goss pourrait donc être porté à la connaissance du Tribunal sans que soit exercée l'option irrévocable. » (Soulignement ajouté)

« § 641. (...) les demanderesses ont soutenu que le délai important de la procédure devant la Première Chambre civile de Santiago pour la restitution de la rotative Goss ou l'indemnisation de sa valeur de remplacement et l'absence de décision depuis plus de dix ans constituaient **un déni de justice** de la part du Chili.⁵⁹⁹²⁷⁴

642. En outre, les demanderesses, qui notent au passage que la « fork-in-the-road » et le déni de justice sont des notions incompatibles... » [Soulignement ajouté]

Et, en effet, la SI a affirmé explicitement que la Demande complémentaire soumise le 4 novembre 2002 n'a pas eu d'influence sur la compétence du 1^{er} Tribunal civil de

²⁷² Pièce C249

²⁷³ Pièce C2, SI, chapitre « VII. RESPONSABILITE DE L'ÉTAT POUR LES VIOLATIONS DE L'API. B. Le bien-fondé des violations alléguées »

²⁷⁴ Pièce C2, SI, « Nbp 599 : « Les parties demanderesses ont résumé leur position lors de l'audience du 15 janvier comme suit : ' En l'espèce, **le Chili a commis un acte de déni de justice**, d'un côté, par le délai extraordinaire à établir une vraie solution. A l'heure où nous parlons, nous nous situons plus de dix ans après la requête originale et, à ce jour, il n'y a pas eu de résolution en première instance. Le délai de résolution d'un différend porté à la connaissance des cours est en soit un motif de **déni de justice** si ce délai est irraisonnable'.⁵⁹⁹ Transcription de l'audience du 15 janvier 2007, p. 93, § 10-16 (Me Garcés). V. aussi réplique des demanderesses au contre-mémoire de la défenderesse, du 23 février 2003, p. 107 ; 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' » [soulignement ajouté]

Santiago pour trancher le fond de la question qui lui avait été soumise, à savoir constater l'invalidité du Décret 165:

Nbp 409 : « *Selon les parties demanderesse, cette procédure interne, qui vise à obtenir la restitution de la rotative Goss, n'a donné lieu à aucune « sentence » (...) Les décisions invoquées par la défenderesse ne peuvent de fait être qualifiées de jugement sur le fond de l'affaire (...) le Conseil national de Défense a répondu à la requête du 4 octobre 1995 en invoquant le défaut de qualité pour agir de la partie demanderesse (...). L'appel formé par M. Pey Casado contre la décision du 20 décembre 1996 a pu être rejeté le 4 octobre 2002 par la Cour d'appel de Santiago (v. contre-mémoire de la défenderesse du 3 février 2003, pp. 117-118 et annexe 109 au contre-mémoire) mais il ne s'agit pas d'une décision sur le fond.* »

§457 : « (...) *La défenderesse avance également que la Première Chambre civile de Santiago aurait rejeté la demande de suspension formulée par M. Pey Casado au moment où les parties demanderesse ont déposé leur demande complémentaire.* »

§603 .« (...) *A la connaissance du Tribunal, la validité du Décret n°165 n'a pas été remise en cause par les juridictions internes (...).*» [Caractères appuyés ajoutés]

Cette incompatibilité entre le déni de justice et le *fork-in-the-road* affirmée par les Demanderesses et la SI est corroborée, également, par les faits incontestables suivants :

- a) Par le fait que les §§666-673 de la SI prennent en considération la *reconnaissance* par l'État du Chili devant le Tribunal arbitral en 2003 de l'invalidité des confiscations sous le régime *de facto* et du devoir d'indemnisation de leurs propriétaires;
- b) Par le fait que le §674 et les points 2 et 3 du Dispositif de la SI condamnent l'État à compenser les Demanderesses pour l'infraction à l'obligation de traitement juste et équitable, en ce compris le déni de justice, à l'encontre des Demanderesses ;
- c) Par le fait que l'État en prononçant le Jugement du 24 juillet 2008 a reconnu implicitement que M. Pey n'avait pas exercé le *fork in the road* lorsqu'en mai 2002 il avait communiqué au 28^{ème} Tribunal civil de Santiago²⁷⁵ la Demande complémentaire soumise le même jour devant le Tribunal du CIRDI, et lui avait demandé de suspendre provisoirement la procédure interne²⁷⁶ ;
- d) Par le fait que lors de la procédure en annulation de la totalité de la SI, initiée le 5 août 2008 par l'État, celui-ci s'est opposé les 21 mars 2011 à ce que ledit Jugement

²⁷⁵ **Pièce C282**, feuillets 383-384

²⁷⁶ **Pièce C2**, SI, "La défenderesse avance également que la Première Chambre civile de Santiago aurait rejeté la demande de suspension formulée par M. Pey Casado au moment où les parties demanderesse ont déposé leur demande complémentaire » ; **Pièce C299**, la 1^{ère} Chambre Civile de Santiago rejette le 14 novembre 2002 la demande de suspension provisoire de la procédure formulée par M. Víctor Pey à la suite de la Décision du Tribunal arbitral initial joignant la compétence au fond dans la procédure arbitrale pour déni de justice auprès du CIRDI ; **pièce C300**, recours en reconsidération et subsidiairement en appel de M. Pey Casado, le 20 novembre 2002, contre la décision du 14 novembre 2002 de la 1^{ère} Chambre civile de Santiago qui rejette la suspension provisoire de la procédure interne

interne soit apporté à la procédure le 30 mars 2011²⁷⁷, sans que l'État ait prétendu que ce Jugement aurait été prononcé au mépris d'une supposée *fork-in-the road* de l'article 10(2) de l'API.

138. En conséquence les Demanderesses sollicitent respectueusement l'annulation des §§232 et 233 de la SR et leur conséquence sur les points 2 à 6 du Dispositif pour avoir contrarié l'autorité de la chose jugée de la SI (article 52, lettres b et e, de la Convention du CIRDI).

**

139. Les §§ 2 à 6 du Dispositif de la SR sont fondés sur la conclusion, acceptée au §244, selon laquelle « *le Tribunal n'aurait pas pu non plus élaborer sa propre théorie sur les dommages-intérêts, distincte des arguments des Parties ; c'est ce que le Tribunal Initial avait fait, et c'est pour cela qu'il a été critiqué à juste titre par le Comité ad hoc dans la procédure en annulation* ».

140. Or la SR a élaboré sa propre théorie sur les dommages-intérêts, théorie à partir de laquelle elle fonde les points 2 à 4 du Dispositif au mépris, dans le cas présent, de quelque chose dont le caractère obligatoire pour le TR excède de beaucoup celui des « arguments » des Parties, à savoir l'autorité de la chose jugée de la SI. C'est ainsi qu'il a

a) reconsidéré la nature financière de la compensation catégoriquement établie dans la SI²⁷⁸ et l'a remplacée par celle de la « satisfaction » (SR, §201 et point 2 du Dispositif) ;

b) contrarié l'API, la SI *res iudicata* et la Décision du 1^{er} Comité *ad hoc* en statuant que constitue nécessairement et fatalement « *un moyen détourné de réintroduire sous une autre forme la demande fondée sur l'expropriation qui a été rejetée* », le fait - s'agissant d'une infraction à l'API commise, par définition, après l'entrée en vigueur de celui-ci - que le *dies a quo* de l'estimation proposée du montant du dommage causé par cette infraction puisse être antérieur à celui de l'entrée en vigueur de l'API (SR, §§216, 240 et points 3 à 6 du Dispositif).

²⁷⁷ **Pièces C301 à 309**

²⁷⁸ V. Mémoire du 27 avril 2018, §300(ii) : « *Jamais dans le courant de la procédure initiale ni l'État Défendeur, ni le Tribunal initial ni le Comité ad hoc, n'ont manifesté le moindre doute quant à ce que la seule nature du dédommagement à avoir été plaidée était pécuniaire. Ce fait est attesté dans la rédaction, le contexte, l'intention et la finalité de tous les paragraphes de la Sentence initiale qui portant, directement ou indirectement, sur la compensation constituent le fondement du § n° 2 du Dispositif - par exemple, 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, ou les notes en bas de page 191, 589, 599, 617* » - la seule exception est le §704, circonscrit à « *la demande relative au dommage moral* ». Le §115 du Counter-Memorial manipule le §704 de la SI dont le seul objet est la demande pour dommage moral, que l'État, et après lui le point 2 du Dispositif de la SR, étendent *contra rem iudicatam* à l'ensemble du préjudice subi par les Demanderesses

141. En conséquence les Demanderesses sollicitent respectueusement l’annulation des §§ 201, 216 et 240 de la SR et leur conséquence sur les points 2 à 6 du Dispositif pour les motifs établis à l’article 52, lettres b et e, de la Convention du CIRDI.

**

6. DES CONTRADICTIONS INTERNES MANIFESTES DE LA SR LA RENDANT NULLE. DÉFAUT DE MOTIFS.

142. L’État du Chili avait soutenu devant le 1^{er} Comité *ad hoc* à propos des contradictions dans une sentence arbitrale :

Reply on Annulment (22 December 2010)²⁷⁹

§442. Concerning the first point, unlike Article 52(1)(b) (which renders annulable a “manifest” excess of powers), and Article 52(1)(d) (which refers to “serious” departures of a “fundamental” rule of procedure), Article 52(1)(e) does not include any qualifying adjectives, and there is no basis at all to import them tacitly. This point was made by Professor Schreuer in his COMMENTARY:

*[A]d hoc Committees have pointed out that the wording of Art. 52(1) itself placed limits on their power of scrutiny. The Klöckner I ad hoc Committee said: “The very language of the provision demands a cautious approach: sub-paragraph (b) requires that the Tribunal’s excess of powers be ‘manifest.’ Likewise, under subparagraph (d), only a ‘serious departure’ from a fundamental rule of procedure can justify challenging an award. Finally, the Convention envisages in sub-paragraph (e) a ‘failure to state’ reasons and not, for example, a mistake in stating reasons. . . .”*⁷³³²⁸⁰

2010-06-10 Memorial on the Annulment (corrected)

(3) Inconsistent or Contradictory Reasons

618. There is also broad acceptance in the jurisprudence and doctrine that inconsistent or contradictory reasons in an award can amount to a “failure to state reasons” within the meaning of Article 52(1)(e). As Professor Schreuer has noted, “There is agreement among the *ad hoc* committees that contradictory reasons amount to a failure to state reasons”.⁷³⁴²⁸¹ This is so because “[c]ontradictory reasons will not enable the reader to understand the tribunal’s motives...,” and therefore “are as useful as no reasons at all.”⁷³⁵²⁸²

619. As President of the Klöckner I Committee, Professor Lalive articulated this principle in the Committee’s decision as follows: “As for ‘contradiction of reasons’, it is in principle

²⁷⁹ **Pièce 310**

²⁸⁰ 733 [See RALA-67, Schreuer, COMMENTARY, at Art. 52 ¶ 21]

²⁸¹ 734 RALA-67, Schreuer, COMMENTARY, at Art. 52 ¶ 390

²⁸² 735 RALA-67, Schreuer, COMMENTARY, at Art. 52 ¶ 389.

*appropriate to bring this notion under the category ‘failure to state reasons’ for the very simple reasons [sic] that two genuinely contradictory reasons cancel each other out.”*⁷³⁶²⁸³

620. Subsequently, the Committees in *Amco I* and *MINE* annulled awards for “failure to state reasons” precisely because of the existence of inconsistent or contradictory reasons. In *Amco I*, the tribunal had presented contradictory reasons with respect to the calculation of the amount of the investment, and the Committee found that this amounted to a “failure to state reasons.”⁷³⁷²⁸⁴ In *MINE*, the Committee stated that “to the extent that the Tribunal purported to state the reasons for its decisions” at all with respect to damages, these were “inconsistent and in contradiction with its analysis” of other damages theories presented by the parties in that case.⁷³⁸²⁸⁵ For this reason, it too annulled the relevant portion of the Award.

621. More recently, the Committees in *Vivendi I*, *Mitchell*, and *CDC* have reaffirmed the principle that inconsistent or contradictory reasons amount to a “failure to state reasons.” In *Vivendi I*, the Committee held that “it is frequently said that contradictory reasons cancel each other out, and indeed, if reasons are genuinely contradictory so they might.”⁷³⁹²⁸⁶ *Mitchell* phrased the concern as follows: “Indeed, it is evident that a seriously contradictory reasoning would be equivalent to a failure to state reasons under Article 52(1)(e), provided that the contradiction is at the same time apparent, to a point such that the ad hoc Committee cannot be reproached for engaging in analysis of the merits.”⁷⁴⁰²⁸⁷ And the Committee in *CDC* stressed that “Article 52(1)(e) requires that the Tribunal have stated reasons, and that such reasons be coherent, i.e., neither ‘contradictory’ nor ‘frivolous’”⁷⁴¹²⁸⁸

(4) Failure to Address Questions Presented

622. Finally, it is also well established both in the case law and the doctrine that a tribunal has an obligation to address the questions that are presented to it, and that a failure to do so amounts to a “failure to state reasons” under Article 52(1)(e).⁷⁴²²⁸⁹ Since the task of affirmatively addressing in the award every single point raised by the parties could impose an intolerably onerous burden on the tribunal, the key issue for purposes of an annulment proceeding is determining what kind of “question” is subject to this obligation.

623. Professor Schreuer has stated that a “question” for purposes of Article 52(1)(e) “is to be understood objectively in the sense of a crucial or decisive argument. An argument is crucial or decisive if its acceptance would have altered the tribunal’s conclusions.”⁷⁴³²⁹⁰ Along the same

²⁸³ 736 RALA-23, Klöckner I (Annulment) at ¶ 116.

²⁸⁴ 737 RALA-2, Amco I (Annulment) at ¶ 97.

²⁸⁵ 738 RALA-26, MINE (Annulment) at ¶¶ 6.105.

²⁸⁶ 739 RALA-16, Vivendi I (Annulment) at ¶ 65.

²⁸⁷ 740 RALA-29, Mitchell (Annulment) at ¶ 21.

²⁸⁸ 741 RALA-8, CDC (Annulment) at ¶ 70.

²⁸⁹ 742 See, e.g., RALA-23, Klöckner I (Annulment) at ¶ 115; RALA-2, Amco I (Annulment) at ¶¶ 31–35; RALA-26, MINE (Annulment) at ¶¶ 5.12–5.13; RALA-40, Wena Hotels (Annulment) at ¶ 101; RALA-27, M.C.I. (Annulment) at ¶ 67; RALA-8, CDC (Annulment) at ¶ 71; RALA-34, Rumeli Telekom (Annulment) at ¶ 81; RALA-67, Schreuer, COMMENTARY, at Art. 52 ¶ 409.

²⁹⁰ 743 See also RALA-2, Amco I at ¶ 35 (“If the Tribunal had accepted as valid any of the arguments invoked in the Application for annulment, their insertion in the Award would have contradicted what had hitherto been the main lines of reasoning of the Award. Thus, the Tribunal would have been obliged to modify the rationale”); RALA-67, Schreuer, COMMENTARY, at Art. 52 ¶ 426; see also RALA-23, Klöckner I (Annulment) at ¶ 148 (“It is clear that the argument Klöckner bases on the contractual clauses limiting liability can and should be considered a ‘question submitted to the Tribunal’ and that this an **essential question** for both parties. The

lines, the Committee in MINE found that in the case before it, there had been a “failure to state reasons” because the tribunal had not addressed certain outcome-determinative questions presented to it by the Respondent State. The Committee determined that, if the tribunal had in fact addressed and ultimately accepted such arguments, this would have resulted in a “radical reduction of the damages claim. . . .”⁷⁴⁴²⁹¹ This conclusion in turn meant that the tribunal was obligated not only to consider those arguments, but also to explain in the award why it disregarded or rejected them:

*The Tribunal either failed to consider them, or it did consider them but thought that Guinea’s arguments should be rejected. But that did not free the Tribunal from its duty to give reasons for its rejection as an indispensable component of the statement of reasons on which its conclusion was based.*⁷⁴⁵²⁹²

624. Similarly, the Committee in M.C.I. stated that “[t]he obligation in Article 48(3) of the Washington Convention to deal with every question applies to every argument which is Relevant and in particular to arguments which might affect the outcome of the case. . . . This explains why the tribunal must address all the parties’ ‘questions’ (‘pretensiones’) but is not required to comment on all arguments when they are of no relevance to the award.”⁷⁴⁶²⁹³

625. Thus, a Tribunal cannot simply brush aside an issue or argument of importance to its decision (especially one that can materially affect the outcome of the case), simply because it may be inconvenient to address it.

626. On the basis of the foregoing, the standard appears clear: an ICSID tribunal does not have the authority to ignore questions or arguments presented by a party where such questions or arguments could change an important aspect of the tribunal’s conclusions or rulings. Doing so amounts to a “failure to state reasons” that represents grounds for annulment under Article 52(1)(e).⁷⁴⁷²⁹⁴

[Fin de la citation de la proposition de l’État du Chili devant le 1^{er} Comité *ad hoc*]

Claimant has a major interest in seeing these contractual clauses deemed applicable and applied. The Respondent has a major interest in seeing them judged inapplicable or irrelevant to the present case.”) (emphasis added); RALA-26, MINE (Annulment) at ¶¶ 5.13, 6.50, 6.84, 6.91.

²⁹¹ 744 RALA-26, MINE (Annulment) at ¶ 6.101.

²⁹² 745 RALA-26, MINE (Annulment) at ¶ 6.101. Nor does Article 49(2) of the ICSID Convention, which allows

“supplementation” of an award, prevent the use of Article 52(1)(e) in cases where a Tribunal fails to address important arguments of the parties. As Professor Schreuer explains, “Article 49(2) will be useful only in cases of inadvertent omissions of a technical error” but “will not be useful in cases of a failure to address major facts and arguments which go to the core of the tribunal’s decision.” RALA-67, Schreuer, COMMENTARY, at Art. 52 ¶ 402. This proposition was accepted by the Committees in Klöckner I, Amco I, Wena Hotels, and MINE, among others. See RALA-23, Klöckner I (Annulment) at ¶ 115; RALA-2, Amco I (Annulment) at ¶¶ 31–35; RALA-26, MINE (Annulment) at ¶¶ 5.12–5.13; RALA-40, Wena Hotels (Annulment) at ¶ 101.

²⁹³ 746 RALA-27, M.C.I. (Annulment) at ¶ 67

²⁹⁴ 747 Other Committees that have reached this conclusion include: RALA-8, CDC (Annulment) at ¶ 71 (agreeing with the Committee in MINE that a failure to address questions posed would amount to a ground for annulment if “the failure to deal with a particular question rendered the award unintelligible”) (quoting RALA-67, Schreuer, COMMENTARY, at Art. 52, ¶¶ 308–09); RALA-34, Rumeli Telekom (Annulment) at ¶ 81 (noting with approval that both parties agreed “that a failure to deal with a question which would have altered an important finding of the tribunal or would have rendered the award unintelligible amounts to a failure to state reasons”).

143. Ces fondements d'annulation d'une Sentence arbitrale sont applicables dans le cas des contradictions dont on a montré l'existence dans la SR réexamen prononcée le 13 septembre 2016.
144. En effet, comme on l'a vu aux §§94-100 *supra*, la SR se contredit lorsqu'elle admet au §241 qu'une demande qui « *ne figurait pas dans la requête de nouvel examen* » du 18 juin 2013 puisse apparaître « *dans la suite de la procédure* », dès lors que le fondement premier des points 2 à 7 du Dispositif a été précisément le refus d'accepter les demandes qui ne figuraient pas dans la requête du 3 novembre 1997 alors même qu'elles sont apparues dans la suite de la procédure -la demande relative à la Décision 43 en 2000²⁹⁵, la demande complémentaire du 4 novembre 2002²⁹⁶, la demande formulée lors des audiences de 2007²⁹⁷ -et ont été opportunément soumises devant le Tribunal initial, acceptées par celui-ci et confirmées par le 1^{er} Comité *ad hoc*.
145. La SR se contredit également lorsque
- 1) après avoir établi au §188 que

« La compensation qui pourrait être accordée à la suite de l'annulation partielle sera donc octroyée à ces Demanderesses désignées, et elle le sera au titre du préjudice subi par ces Demanderesses en raison des violations identifiées dans la Sentence Initiale et ayant autorité de chose jugée »,

ces violations étant dans la SI celles survenus après la Décision 43 du 28 avril 2000,
 - 2) et que la SR a refusé de prendre en considération les questions surgies entre les parties entre le 3 novembre 1997 et le 8 mai 2008 et les preuves des dommages y afférentes produites par les Demanderesses, pour manque de compétence selon la SR²⁹⁸,
 - 3) cependant la SR parvient à des conclusions qui présument l'existence de compétence :

- dans le §234,

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*

²⁹⁵ **Pièce C2**, SI, « Conclusions du Tribunal », §§613-623 : « ii. Les dispositions de fond de l'API sont applicables à la Décision n°43 du 28 avril 2000 »

²⁹⁶ **Pièce C2**, SI, §§464, 494-497, 653-674, et **pièce C249f**

²⁹⁷ **Pièce C2**, SI, §624 « (...) **Lors des audiences de janvier 2007, les demanderesses ont élargi leur demande** fondée sur le déni de justice 'à l'ensemble du contentieux soumis au Tribunal arbitral [...]» (citation omise, soulignement ajouté). La transcription des audiences des 15 et 16 janvier 2007 figurent dans les **pièces C311 et C312**

²⁹⁸ **Ibid.**, v. *supra* les commentaires aux §§ de la SR nos. 216 (sections 5.2 à 5.4), 232 (§§82, 92(1), 122), 234 (§82), 238-239 (§92(3), 243 (§92(4), 123(ix))

Défenderesse de l'article 4 du TBI. Le Tribunal ne peut donc pas, par principe, octroyer de dommages-intérêts »

- dans le §235,

qu'« en l'absence de toute preuve suffisante d'un préjudice ou d'un dommage causé aux Demanderesses par la violation du TBI établie dans la Sentence Initiale, la question de l'évaluation ou de la quantification de ce dommage ne se pose pas. Le Tribunal n'a donc pas besoin d'analyser de manière plus détaillée les rapports d'expertise de M. Saura pour les Demanderesses (...) » ;

- dans les §§238-239, sur des agissements de l'État Défendeur postérieures à la date du 8 mai 2008 de la SI (voir *supra* §92(3), 123(viii) ;

- dans le §243,

que « 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. »

[Soulignements ajoutés]

- 4) La SR se contredit également aux §§216, 232, 233, 238-239, 243 lorsque, après avoir écarté sa compétence pour trancher les différends relatifs au montant de l'indemnisation pour les questions surgies entre les parties entre le 3 novembre 1997 et le 8 mai 2008, elle conclut cependant dans le §244 que

« la conclusion dans la Sentence Initiale selon laquelle la Défenderesse avait commis une violation de l'article 4 du TBI [après le 28 avril 2000] en ne garantissant pas un traitement juste et équitable aux investissements des Demanderesses, en ce compris un déni de justice (...) a autorité de chose jugée ».

Dès lors que les violations pour lesquelles la SI a condamné l'État du Chili à compenser les Demanderesses ont toutes eu lieu à partir de la Décision 43 du 28 avril 2000, la question de la compétence sur le fond et la responsabilité de l'État ayant été tranchées dans la SI, le Tribunal chargé de la poursuite du même arbitrage était compétent pour déterminer le montant des dommages causés par ces violations .

- 5) Or s'agissant des fondements des points 2 à 8 du Dispositif de la SR il y a contradiction entre, d'un côté, ce qu'affirment les §§ 216, 232, 233, 238-239, 243 (absence de compétence *ratione temporis* du TR sur les questions surgies entre les parties entre le 3 novembre 1997 et le 8 mai 2008 [v. les section 5.2 à 5.4 *supra*]) et, d'un autre côté, les conclusions des §§ 234, 235, 238-239, 243, 244

(assumant la compétence sur la question relative à la quantification des dommages causés à partir de la Décision 43 du 28 avril 2000).

- 6) Ces contradictions se cumulent à celles existant entre, d'un côté, la SI et la Décision du 1^{er} Comité *ad hoc* et, d'un autre côté, la SR.²⁹⁹
- 7) L'ensemble de ces contradictions porte sur une question très importante et irrémédiable : la compétence du TR pour accomplir sa mission lors de la poursuite de la procédure arbitrale initiale.
- 8) La conséquence en est que les points 2 à 8 du Dispositif, et leurs fondements, doivent être tous annulés sur la base de l'article 52(e) de la Convention et le même fondement de principe qu'avait porté le 1^{er} Comité *ad hoc* à annuler le point 4 du Dispositif de la SI et ses fondements, à savoir, en résumé :

« 281. Comme cela est bien établi par les décisions de nombreux comités ad hoc CIRDI, des motifs contradictoires peuvent constituer un 'défaut de motifs' ²¹⁷³⁰⁰. L'objet de ce motif d'annulation – en d'autres termes, l'objet de l'exigence d'une motivation – est de permettre aux parties de comprendre les décisions des tribunaux CIRDI.

« 286. Bien que le Comité reconnaisse que les tribunaux arbitraux disposent en règle générale d'un pouvoir considérable d'appréciation dans l'évaluation du quantum des dommages-intérêts ²¹⁹³⁰¹, la question qui se pose en l'espèce n'est pas en soi celle du quantum des dommages-intérêts déterminés par le Tribunal. Le problème ne réside pas non plus en soi dans la méthode retenue par le Tribunal pour évaluer les dommages subis par les Demanderesses. La question réside précisément dans le raisonnement suivi par le Tribunal (...) qui, comme cela a été démontré ci-dessus, est manifestement contradictoire.

*« 287. Compte tenu de ces éléments, le Comité estime que le Tribunal n'a pas motivé sa décision relative aux dommages, ce qui constitue un motif d'annulation sur le fondement de l'article 52(1)(e) de la Convention CIRDI. Le Comité fait donc droit à la demande de la Défenderesse à cet égard et annule le paragraphe 4 du dispositif de la Sentence ».*³⁰²

²⁹⁹ Voir *supra* les §§32, 35, 74-77, 81, 82, 116

³⁰⁰ 217 Voir *supra*, § 85 [voir *supra* §22]

³⁰¹ 219 Voir Décision Wena, § 91 ; Décision Rumeli, § 146 ; Décision Azurix, § 35

³⁰² **Pièce C20**

7. LE TRAITEMENT DES ÉLÉMENTS DE PREUVE PAR LE TRIBUNAL DE RESOUMISSION OUVRE DROIT A ANNULATION DE LA SENTENCE

146. Les Demanderesses ont exposé dans leur Requête en annulation³⁰³ et dans leur Mémoire en demande³⁰⁴ que le traitement par la SR des éléments de preuve présentées par les Demanderesses justifie l'annulation de celle-ci pour deux raisons.
147. D'une part, le rejet des arguments et éléments de preuve présentées par les Demanderesses et se rapportant à la démonstration de leur préjudice résultant des violations identifiées par la Sentence Initiale constitue un excès de pouvoir manifeste³⁰⁵.
148. D'autre part, la décision du Tribunal selon laquelle les Demanderesses n'auraient pas rapporté la preuve de leur préjudice constitue un défaut de motifs et une inobservation grave d'une règle de procédure fondamentale³⁰⁶.
149. La réponse apportée par la Défenderesse à ces motifs d'annulation, souvent lapidaire et péremptoire, ne résiste pas à l'analyse.
150. Il sera à nouveau démontré que le rejet par le Tribunal d'arguments ou d'éléments de preuve présentés par les Demanderesses et relatifs au préjudice subi par elles du fait de la violation par la Défenderesse de l'article 4 du TBI justifie l'annulation de la SR (7.1), de même que la décision du Tribunal selon laquelle les Demanderesses n'auraient pas rapporté la preuve de leur préjudice (7.2).

7.1 Le rejet par le Tribunal des arguments et pièces relatifs à l'évaluation du préjudice subi par les Demanderesses constitue un excès de pouvoir manifeste

151. Les Demanderesses ont exposé dans leurs écritures antérieures³⁰⁷, et ont développé ci-avant que le Tribunal a remis en cause, en violation des considérations *res judicata* de la SI, l'existence d'un préjudice subi par les Demanderesses du fait de la violation par la Défenderesse de l'article 4 de l'API.
152. Outre cette violation de la *res judicata* de la SI, le Tribunal s'est également prononcé sur le sort des arguments et éléments de preuve présentés par les Demanderesses.
153. Comme les Demanderesses l'ont exposé dans leurs écritures antérieures, le Tribunal, après avoir usé de son pouvoir d'interprétation de la SI au-delà de ce que la SI elle-même l'autorisait, a décidé d'écarter les arguments avancés et les pièces produites par les Demanderesses relatives à l'évaluation du préjudice subi par elles du fait de la

³⁰³ Requête en annulation, §§ 238 et s.

³⁰⁴ **Mémoire en Demande** §§ 584 et s.

³⁰⁵ Requête en annulation, §§ 238 et s. ; Mémoire en Demande, §§ 586 et s.

³⁰⁶ Requête en annulation, §§ 243 et s. ; Mémoire en Demande, §§ 623 et s.

³⁰⁷ Requête en annulation, §§ 207 et s. ; Mémoire en Demande, §§ 494 et s.

violation de l'article 4 de l'API, au motif que ceux-ci se rapporteraient à la confiscation initiale³⁰⁸.

154. Cette décision constitue un excès de pouvoir manifeste, dès lors que la SI, *res judicata*, avait expressément admis que, si le TI n'était pas compétent pour connaître d'une demande fondée sur l'expropriation de l'investissement sur le fondement de l'article 5 de l'API, cet événement pouvait être pris en compte par le tribunal dans son analyse des autres violations de l'API.

155. Le SI expose ainsi que :

« Une fois le traité en vigueur, il n'est toutefois pas interdit au Tribunal de prendre en considération des faits antérieurs à la date d'entrée en vigueur du traité pour examiner le contexte dans lequel sont intervenus les actes que les demandereses estiment devoir être qualifiés de violations postérieures à l'entrée en vigueur du traité. C'est ce qu'a rappelé le Tribunal arbitral constitué dans l'affaire MCI c. Ecuador qui estimait n'être compétent qu'à l'égard des actes postérieurs à l'entrée en vigueur de l'API lorsque ces actes sont présentés comme des violations de l'API :

« Prior events may only be considered by the Tribunal for purposes of understanding the background, the causes, or scope of violations of the BIT that occurred after its entry into force »

En conséquence, même si en l'espèce les dispositions de fond de l'API ne sont pas applicables aux actes d'expropriation antérieurs à son entrée en vigueur, le Tribunal pourra examiner les violations de l'API qui se sont produites après son entrée en vigueur, en prenant en compte au titre du contexte des événements qui ont eu lieu avant cette date. Il convient dès lors de déterminer si les autres violations invoquées par les demandereses peuvent effectivement se voir appliquer les dispositions de fond de l'API *ratione temporis* » (Soulignement ajouté)³⁰⁹.

156. Par ailleurs, il convient de souligner que l'annulation partielle prononcée par le 1^{er} Comité *ad hoc* était fondée sur deux motifs : l'inobservation grave d'une règle fondamentale de procédure³¹⁰, et un défaut de motifs³¹¹.
157. S'agissant plus particulièrement du défaut de motifs, la décision du 1^{er} Comité *ad hoc* d'annuler le point 4 du Dispositif de la SI était fondée sur le fait que le Tribunal initial "[n'avait] *pas indiqué les raisons* :

« le Tribunal a procédé au calcul des dommages-intérêts des Demandereses en fonction de l'évaluation réalisée par le Ministère chilien des Biens nationaux.

³⁰⁸ **Mémoire en Demande**, §§ 586 et s.

³⁰⁹ **Pièce C2**, Sentence initiale, §§ 611-612 ; v. également **Mémoire en Demande**, §§ 609 et s.

³¹⁰ **Pièce C20**, Décision du comité *ad hoc* du 18 décembre 2012, §§ 246 et s.

³¹¹ **Ibid.**, Décision du comité *ad hoc* du 18 décembre 2012, §§ 278 et s.

conformément à la Décision n° 43, aux fins de l'indemnisation des personnes qu'il considérait être les propriétaires d'El Clarín, au titre de l'expropriation du journal. (...)

*Le recours par le Tribunal au calcul des dommages-intérêts au titre de l'expropriation est manifestement contraire à sa décision, quelques paragraphes auparavant, selon laquelle un tel calcul des dommages-intérêts au titre de l'expropriation manque de pertinence et les éléments de preuve et des arguments relatifs à un tel calcul ne pouvaient pas être retenus.*³¹²

On remarquera ici que le 1^{er} Comité *ad hoc* critique que la SI ait accepté « **le calcul** », « l'évaluation » et les « éléments de preuve et des arguments relatifs à un tel calcul ». Or le calcul que le 1^{er} Comité *ad hoc* a annulé est très précisément celui établi par le Ministère chilien des Biens Nationaux dans un des actes constitutifs de la discrimination et du déni de justice pour lequel celle-ci a condamné l'État du Chili, à savoir dans la Décision n° 43 qui a indemnisé des personnes³¹³ qui ne sont pas les propriétaires de l'investissement.³¹⁴ Cette contradiction dans la SI a survolé les audiences et a frappé le 1^{er} Comité *ad hoc*.³¹⁵

158. En définitive, l'annulation prononcée par le 1^{er} Comité *ad hoc* sur ce point était fondée sur le fait que la SI **n'avait pas expliqué** pourquoi ou comment il convenait de retenir une indemnisation prenant comme base de calcul la valeur d'expropriation du groupe « El Clarín ». Compte tenu de sa prise de position quelques lignes plus haut, le 1^{er} Comité *ad hoc* a vu dans ce défaut de justification une contradiction de motifs:

« Le recours par le Tribunal au calcul des dommages-intérêts au titre de l'expropriation est manifestement contraire à sa décision, quelques paragraphes auparavant, selon laquelle un tel calcul des dommages-intérêts au titre de l'expropriation manque de pertinence et les éléments de preuve et des arguments relatifs à un tel calcul ne pouvaient être retenus »³¹⁶.

159. Le 1^{er} Comité *ad hoc* a néanmoins pris soin de souligner que ce qui était en cause ici n'était pas la méthode de calcul utilisée par le Tribunal initial pour déterminer le *quantum* de la réparation due aux Demandereses, mais le fait que l'emploi de cette méthode **n'avait pas été justifié** par le TI au regard de ses conclusions antérieures :

« Bien que le Comité reconnaisse que les tribunaux disposent en règle générale d'un pouvoir considérable d'appréciation dans l'évaluation du quantum des dommages-intérêts, la question qui se pose en l'espèce n'est pas en soi celle du quantum des dommages-intérêts déterminés par le Tribunal. Le problème ne

³¹² *Ibid.*, §284

³¹³ *Pièce C2*, SI, §§692-702

³¹⁴ *Ibid.*, §674

³¹⁵ *Pièces C349* (pages 86-90) et *C350* (pages 157-161, 164, 167-171 transcription des audiences tenues les 7 et 8 juin 2011 devant le 1^{er} Comité *ad hoc*)

³¹⁶ *Ibid.*, para. 285.

réside pas non plus en soi dans la méthode retenue par le Tribunal pour évaluer les dommages subis par les Demanderesses. La question réside précisément dans le raisonnement suivi par le Tribunal pour déterminer les modalités de calcul appropriées qui, comme cela a été démontré ci-dessus, est manifestement contradictoire »³¹⁷.

160. Dès lors, la décision du premier comité *ad hoc* n'empêchait pas le Tribunal de resoumission de recourir à des éléments se rapportant à la Fair Market Value du Groupe « El Clarin » pour déterminer le montant de la compensation à laquelle avaient droit³¹⁸ les investisseurs du fait de la violation par la Défenderesse commise le 28 avril 2000, et après, de « *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* »³¹⁹.
161. Dans son *Counter-Memorial*, la Défenderesse fait deux séries de critiques à l'encontre du raisonnement suivi par les Demanderesses dans leurs écritures antérieures.
162. En premier lieu, elle insiste longuement sur l'utilisation par les Demanderesses des termes "*in limine litis*" dans leurs écritures. Dans ce qui semble être une critique de pure forme, la Défenderesse accuse les Demanderesses de déformer la signification de ces termes³²⁰.
163. La critique de la Défenderesse est purement artificielle et sans portée, comme on a vu aux §§7, 17(x), 92(4) *supra* et a été étayé dans la demande en annulation³²¹.
164. Elle est également infondée, dans la mesure où ce terme "*in limine litis*" provient de la Sentence elle-même³²², et irrigue de manière implicite une partie des développements de celle-ci, comme les Demanderesses l'ont exposé ci-avant³²³.
165. En second lieu, la Défenderesse reproche aux Demanderesses de former un appel contre les déterminations de la SR³²⁴. Elle allègue en particulier que les Demanderesses se méprendraient sur le sens et la portée de la SI, qui aurait exclu toutes demandes relatives à l'expropriation³²⁵.
166. Cette affirmation mérite d'être précisée.

³¹⁷ *Ibid.*, para. 286.

³¹⁸ **Pièce C2**, Sentence initiale, point 3 du dispositif : "*Le Tribunal arbitral, à l'unanimité, (...) constate que les demanderesses ont droit à compensation*".

³¹⁹ **Pièce C2**, Sentence initiale, point 2 du dispositif.

³²⁰ *Counter-Memorial on Annulment*, §§ 343 et s.

³²¹ **V. pièce C8**, Mémoire en demande, paras 586 et s.

³²² **Pièce C9**, Sentence en Resoumission, para. 243.

³²³ *Supra*, §7

³²⁴ *Counter-Memorial on Annulment*, para. 383.

³²⁵ *Ibid.*, §§ 384-386.

167. Comme il a été rappelé ci-avant³²⁶, si le Tribunal initial a considéré que l'expropriation prononcée par le Décret n° 165 le 10 février 1975 ne pouvait pas constituer une violation de l'API, *ratione temporis*³²⁷, il a également reconnu que les éléments de fait antérieurs à l'entrée en vigueur de l'API pouvaient être pris en compte dans son analyse des violations de l'API pour lesquelles il s'était déclaré compétent³²⁸.
168. Cette détermination non seulement n'avait pas été annulée par le 1^{er} Comité *ad hoc*, et était donc revêtue de l'autorité de chose jugée pour le TR³²⁹, mais le Comité *ad hoc* a pris soin de soutenir la défaillance que les Demanderesses ont reproché devant lui à la SI, à savoir :

“ De l’avis du Comité, ces échanges postérieurs à l’audience ne constituent pas une possibilité équitable de débattre de la réparation au titre de la violation de l’article 4 de l’API. si le Tribunal a bien utilisé des éléments objectifs pour l’évaluation des dommages-intérêts (les données communiquées et débattues par les parties), à aucun moment il ne s’est référé à des arguments invoqués par l’une ou l’autre des parties. Comme elles l’ont expliqué dans leur Contre-mémoire sur l’annulation²⁰¹, les Demanderesses 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 Demanderesses d’obtenir une indemnisation au titre de la confiscation. 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, et il a accordé le montant fixé par la Décision n° 43. »³³⁰ [Soulignement ajouté]

169. Le TR a échoué à prendre en compte cette détermination qui s'imposait à lui.
170. En effet, au cours de son exercice d'interprétation de la SI, le TR a déformé les considérations *res judicata* de celles-ci.
171. Ainsi, au §217, la SR, relève que "[t]ous les éléments de preuve et les arguments relatifs à cette confiscation doivent être exclus comme n'étant pas pertinents pour le différend, sauf à titre de contexte factuel" (Soulignement ajouté)³³¹.
172. Cette affirmation s'oppose à double titre à la *res judicata* de la SI.

³²⁶ *Supra*, §§ 154-155.

³²⁷ **Pièce C2**, Sentence initiale, §§ 601 et s.

³²⁸ **V. pièce C8**, Mémoire en demande, §§ 609 et s ; **Pièce C2**, Sentence initiale, §§ 611-612.

³²⁹ *Supra*, §§ 154-155.

³³⁰ **Pièce C20**, Décision du 1^{er} Comité *ad hoc*, §266

³³¹ **Pièce C9**, Sentence en Resoumission, para. 217 : *En d'autres termes, la constatation (positive) que la violation est constituée par le fait composite de ne pas avoir garanti un traitement juste et équitable (en ce compris d'avoir manqué à l'obligation de s'abstenir de tout déni de justice), de même que la constatation (négative) que la confiscation de l'investissement initial est en dehors du champ temporel du TBI, ont toutes deux autorité de chose jugée, de sorte que tous les éléments de preuve et les arguments relatifs à cette confiscation doivent être exclus comme n'étant pas pertinents pour le différend, sauf à titre de contexte factuel"* (Soulignement ajouté).

173. D'abord, comme il a été démontré ci-avant³³², la détermination du TI ne se limitait pas aux "éléments de preuve et les arguments relatifs à cette confiscation" établis dans la Décision 43, que le 1^{er} Comité *ad hoc* n'a pas accepté (soulignement ajouté)³³³, mais visait plus largement "des faits antérieurs à la date d'entrée en vigueur du traité"³³⁴ et "des événements qui ont eu lieu avant cette date [l'entrée en vigueur de l'API]"³³⁵, que le 1^{er} Comité *ad hoc* a accepté et qui font partie du corps de la SI qui a l'autorité de la chose jugée.
174. La SR déforme ainsi, en la restreignant, la portée de l'autorité de la chose jugée de la SI.
175. Ensuite, la SR va au-delà des conclusions de la SI et de la Décision du 1^{er} Comité *ad hoc*. Comme il a été indiqué ci-avant³³⁶, le 1^{er} Comité *ad hoc* a expliqué, que «*la question qui se pose en l'espèce n'est pas en soi celle du quantum des dommages-intérêts déterminés pas le Tribunal*»³³⁷ et que «*le problème ne réside pas non plus en soi dans la méthode retenue par le Tribunal pour évaluer les dommages subis par les Demanderesses*»³³⁸.
176. Là encore, la SR déforme la portée de l'autorité de la chose jugée de la SI, confirmée par la Décision du 1^{er} Comité *ad hoc*.
177. Au-delà des critiques exposées ci-dessus, si les §§217 et 228 de la SR laissaient entrevoir la prise à compte de certains éléments antérieurs à l'entrée en vigueur de l'API «*à titre de contexte factuel*»³³⁹, conformément à la SI³⁴⁰, cette ouverture disparaît au §230.
178. Les Demanderesses ont démontré dans leurs écritures antérieures que l'exercice d'interprétation engagé par le TR et reproduit ci-avant était manifestement intenable, dans la mesure où il aboutissait à s'écarter d'une conclusion *res judicata* de la SI³⁴¹.
179. Elles ont également démontré que cette violation de l'autorité de chose jugée de la SI constitue un excès de pouvoir manifeste, ce qui justifie l'annulation de la Sentence³⁴².
180. Pour cette raison, les Demanderesses sollicitent du présent Comité *ad hoc* qu'il prononce l'annulation de la SR sur le fondement de l'article 52(1)(b).

³³² *Supra*, §§ 154-155.

³³³ **Pièce C9**, Sentence en Resoumission, para. 217.

³³⁴ **Pièce C2**, Sentence initiale, §§ 611.

³³⁵ **Pièce C2**, Sentence initiale, §§ 612.

³³⁶ *Supra*, §§ 156-160

³³⁷ **Pièce C20**, Décision du 1^{er} Comité *ad hoc* du 18 décembre 2012, para. 286.

³³⁸ *Ibid.*

³³⁹ **Pièce C9**, Sentence en Resoumission, §§ 217 et 228.

³⁴⁰ **Pièce C2**, Sentence initiale, §§ 611-612.

³⁴¹ **Mémoire en Demande**, §§ 589 et s.

³⁴² **Ibid.**, §§ 617 et s.

7.2 La décision du Tribunal selon laquelle les Demanderesses n'ont pas satisfait à la charge de la preuve qui leur incombait justifie l'annulation de la Sentence

181. Il a été rappelé ci-dessus qu'au §232 de la SR le Tribunal a décidé que les Demanderesses n'avaient pas satisfait à la charge de la preuve :

« 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 preuve ; en effet, on pourrait même 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)³⁴³.

182. Contrairement à ce que soutient la Défenderesse dans son *Counter-Memorial*³⁴⁴, et comme les Demanderesses l'ont déjà démontré dans leurs écritures antérieures³⁴⁵, cette décision du TR est à l'origine d'un défaut de motifs (7.2.1) et d'une inobservation grave d'une règle de procédure fondamentale (7.2.2) justifiant l'annulation de la SR.

7.2.1 La décision du Tribunal selon laquelle les Demanderesses n'ont pas satisfait à la charge de la preuve qui leur incombait est atteinte d'un défaut de motifs

183. Dans leurs écritures antérieures, les Demanderesses ont démontré que la décision du Tribunal selon laquelle les Demanderesses n'ont pas satisfait à la charge de la preuve qui leur incombait était à l'origine d'un défaut de motifs³⁴⁶.

184. Pour toute réponse, la Défenderesse allègue que le TR aurait à de multiples reprises expliqué pourquoi les prétentions des Demanderesses devaient être rejetées³⁴⁷. Puis, en note de bas de page n° 1078, la Défenderesse renvoie le présent Comité *ad hoc* aux §§198, 217 et 232 de la SR qui indiquent :

- Para. 198 : *« Le Tribunal n'a aucun doute que le tribunal initial, bien qu'il ait utilisé des termes légèrement différents dans les diverses parties de sa Sentence Initiale, était de l'avis que la confiscation était un fait consommé avec la saisie physique en 1975 et n'entrait donc pas dans le champ d'application du TBI. Et surtout, le présent Tribunal n'a tout simplement pas le pouvoir de statuer sur un appel formé contre une telle conclusion, ni de substituer son propre avis à celui du Tribunal Initial, ni encore d'octroyer une réparation de quelque nature que ce soit à ce titre »*³⁴⁸.
- Para. 217 : *« En d'autres termes, la constatation (positive) que la violation est constituée par le fait composite de ne pas avoir garanti un traitement juste et équitable (en ce compris d'avoir manqué à l'obligation de s'abstenir de tout déni de justice), de même que*

³⁴³ **Pièce C9**, Sentence en resoumission, para. 232.

³⁴⁴ **Counter-Memorial on Annulment**, §§ 378 et s.

³⁴⁵ Requête en annulation, §§ 238 et s. ; Mémoire en Demande, §§ 623 et s.

³⁴⁶ Mémoire en Demande, §§ 631 et s.

³⁴⁷ **Counter-Memorial on Annulment**, para. 382.

³⁴⁸ **Pièce C9**, Sentence en resoumission, para. 198.

la constatation (négative) que la confiscation de l'investissement initial est en dehors du champ temporel du TBI, ont toutes deux autorité de chose jugée, de telle sorte que tous les éléments de preuve et les arguments relatifs à cette confiscation doivent être exclus comme n'étant pas pertinents pour le différend, sauf à titre de contexte factuel»³⁴⁹.

- Para. 232 : « [I]l 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»³⁵⁰.

185. Contrairement à ce que soutient la Défenderesse, les passages susvisés ne permettent pas d'apprécier en quoi « *les Demanderesses n'ont pas satisfait à cette charge de la preuve* »³⁵¹, ni pourquoi « *dans un sens, elles n'ont même pas cherché à le faire* »³⁵².
186. Cette dernière affirmation est particulièrement difficile à comprendre, dans la mesure où, n'en déplaise à la Défenderesse³⁵³, les Demanderesses n'ont eu de cesse, au cours de la procédure de Resoumission, d'étayer le préjudice qu'elles avaient subi du fait de la violation de l'API constatée dans la SI³⁵⁴.
187. Pour autant la SR ne contient qu'un résumé sommaire de la position de la Demanderesses³⁵⁵.
188. La SR ne contient aucune analyse ou discussion, ne serait-ce que sommaire, des arguments et des pièces justificatives présentés par les Demanderesses dans leurs écritures au cours de la procédure de Resoumission.
189. En particulier, le Tribunal ne s'est pas référé, ne serait-ce que pour les écarter, à une seule décision mise en avant par les Demanderesses pour démontrer qu'en vertu du principe de la réparation intégrale du préjudice subi le 28 avril 2000 et après, il est admis, dans un tel cas, par de nombreux tribunaux arbitraux que l'investisseur peut être indemnisé pour la violation du traitement juste et équitable³⁵⁶ selon le standard de la "*fair market value*"³⁵⁷.

³⁴⁹ **Pièce C9**, Sentence en resoumission, para. 217.

³⁵⁰ **Pièce C9**, Sentence en resoumission, para. 232.

³⁵¹ *Ibid.*

³⁵² *Ibid.* Voir *supra* les §§112-122

³⁵³ Counter-Memorial on Annulment, para. 382.

³⁵⁴ Requête en annulation §§ 231 et s. ; Mémoire en Demande, §§ 632 et s.

³⁵⁵ **Pièce C9**, SR, §§ 219-221.

³⁵⁶ **Pièce C40**, Mémoire en réplique dans la procédure de resoumission du 9 janvier 2015, para. 341-343 ; **Pièce CL408**, *Rumeli Telekom A.S. and Telsim Mobil Telekomikasyon Hizmetleri A.S. v. Republic of Kazakhstan*, ICSID Case No. ARB/05/16, Sentence du 29 juillet 2008, §§ 793-794 : [T]he loss which Claimants maintain that they have suffered is in fact the expropriation of their shares in Kar-Tel, whether or not this is characterized as an expropriation calling for compensation under the BIT, or merely as the consequence of some other internationally wrongful act, such as a breach of the obligation of fair and equitable treatment. In either case, the Tribunal considers that the correct approach is to award such compensation as will give back to Claimants the value to them of their shares at the time the expropriation took place. This requires the Tribunal to take into account only of the value which the shares would probably have had in the hands of Claimants if the shares had not been expropriated, and therefore to leave out of account any increase (or decrease) in the value of their shares which Claimants would probably not have enjoyed (or suffered) if the shares had remained in their

190. De même, la SR passe sous silence les échanges ayant eu lieu au cours des audiences entre les Demanderesses et M. Kaczmarek, expert financier intervenant pour la Défenderesse, et dont il ressort que celui-ci a reconnu que le calcul de la réparation d'une violation du traitement juste et équitable pouvait conduire un tribunal à réparer un préjudice équivalent au calcul résultant d'une expropriation, effectuée selon les mêmes modalités de calcul³⁵⁸. Ce qu'en l'espèce a expressément admis le 1^{er} Comité *ad hoc* comme on vient de voir au §168 *supra*.
191. En particulier, interrogé par les conseils des Demanderesses, M. Kaczmarek avait reconnu que, par principe, rien n'empêchait l'application d'un calcul du *quantum* selon le standard de la "*fair market value*" à une situation impliquant un traitement autre qu'une expropriation :

« Q[uestion]. Is it your position then that, as a general matter, the fair market value of an asset can never be the appropriate measure of damages for a non-expropriation breach?

A[nsver]. When you have an expropriation, obviously you lose the value of what was taken, and fair market value is a standard routinely applied to measure the property taken. I do agree in other cases -- where you have, say, a diminution in value due to a measure that's passed that doesn't result in complete destruction of the business but just diminishes the value of the business -- that you could also use fair market value. But again, in such an instance, you are not valuing the whole property as a measure of loss»³⁵⁹.

192. Puis, interrogé plus particulièrement sur l'affaire *Kardassopoulos and Fuchs v Georgia*³⁶⁰ sur laquelle il était intervenu en tant qu'expert, M. Kaczmarek a reconnu que dans certaines situations, l'évaluation du préjudice causé par une violation du traitement juste et équitable est identique à l'évaluation du préjudice causé par une expropriation :

« Q. Okay. But the end result was that the tribunal found that he [Mr. Fuchs] was entitled to compensation for a lack of fair and equitable treatment regarding his investment?

A. That's correct.

Q. And his investment in that case was essentially the same as that of Mr Kardassopoulos?

hands. As the Tribunal has just stated, it considers that, regardless of the nature of the breach which has been established, the correct approach in this case is to award such compensation as will give back Claimants the value to them of their shares at the time when the expropriation took place. (Soulignement ajouté).

³⁵⁷ Pièce C40, Mémoire en réplique dans la procédure de resoumission du 9 janvier 2015, para. 344-349 ; et les pièces juridiques produites au soutien de ces développements, pièces C47 à C65.

³⁵⁸ Pièce C271, Transcrit de l'audience du 15 avril 2015, pp. 102 et s.

³⁵⁹ Ibid., [102:22 - 103:8].

³⁶⁰ Pièce CL407, *Ioannis Kardassopoulos v. Georgia*, ICSID Case No. ARB/05/18, Décision sur la compétence du 6 juillet 2007.

A. *That's correct.*

Q. *And you would agree as well that for Mr Kardassopoulos, the tribunal found that for expropriation the appropriate standard of compensation was the fair market value of the asset?*

A. *They did indeed. That is precisely the standard that I put forward.*

Q. *And for Mr Fuchs the tribunal found that for fair and equitable treatment the standard of compensation would be exactly the same?*

A. *That's correct. And I think there's an important distinction, I would say, in that case versus this case. Mr Fuchs was invited to participate in a compensation commission in Georgia that had been established by the government. So he did it on behalf of the company, a Panamanian company; TrameX, if I recall. And that process pretty much languished and ended up resulting in nothing. In fact, I think Mr Fuchs was kicked off of the compensation commission at some point in time. I think that's a little bit different from this case, where Mr Pey did not participate in domestic proceedings for compensation.*

[Bien au contraire, d'une part M. Pey dès 1995 avait demandé à un Tribunal de Santiago de constater un sujet crucial pour la détermination du quantum de la compensation, à savoir l'invalidité du Décret 165,³⁶¹ et d'autre part l'État a refusé sa demande de sursoie à l'exécution de la Décision 43 jusqu'à ce que le TI prononce sa sentence.³⁶²

Q. *So would it be fair to say that your position is that the type of breach was different; but once the tribunal had found that there was a breach of the fair and equitable treatment standard, the compensation was the same, or the principle for calculating the compensation was the same?*

A. *Yes »*³⁶³.

193. De même, interrogé sur l'affaire *Gold Reserve c. Venezuela*³⁶⁴ dans laquelle il était également intervenu en tant qu'expert, M. Kaczmarek a reconnu que, dans cette affaire, le tribunal, après avoir rejeté la demande fondée sur l'expropriation, avait admis celle fondée sur la violation du traitement juste et équitable, et considéré que cette violation avait abouti à une perte de l'investissement pour l'investisseur :

« Q. And once again, is it true to say that in that case tribunal rejected the claimant's claim for expropriation, but held that Venezuela had breached the fair and equitable treatment standard, and that this had resulted in the deprivation of the claimant's mining rights?

³⁶¹ Voir *supra* §§129-136

³⁶² Voir *supra* §§28, 48 92(1)

³⁶³ **Pièce C271**, Transcript de l'audience du 15 avril 2015, [104:12 - 105:22].

³⁶⁴ **Pièce C65**, *Gold Reserve Inc v. Venezuela*, ICSID Case No. ARB(AF)/09/1, Sentence du 22 septembre 2014.

A. Yes, if I recall. I have to profess, I have not read in detail the legal findings of the tribunal in that case; I tend to skip to the end, which is more relevant for my purposes. But the tribunal, if I recall correctly, did find that even though there was no legal expropriation, the violation committed by Venezuela had the same quantitative effect as a violation, because they still relied on the entire value of the investment in that case »³⁶⁵.

194. M. Kaczmarek a enfin expliqué que la question centrale était l'effet de la mesure litigieuse, indépendamment de la qualification qui lui était donnée, et recommandé au Tribunal de procéder en ce sens :

« Q. Yes. So as a result, the test to be applied is then: what are the consequences of the breach?

A. Right. As a damages expert, I'm really never concerned with the heading under which a measure falls, whether it's expropriation or fair and equitable treatment. What I do and what I concern myself with is: what is the measure that took place, when did it take place, and what effect did it have on the investment?"³⁶⁶

(...)

"Q. So, by analogy, in this case what the Tribunal will need to do is see what losses flow from the breaches that have been found to have occurred?

A. Right. I think they should, just as I articulated, think of the breach itself, the actual act that the original tribunal said was a breach, and not necessarily get hung up on the label as to whether it's fair and equitable, discrimination or what-have-you, but just measure what loss flows from the particular act that was in violation of the BIT»³⁶⁷.

195. Ces observations, cruciales pour la position des Demanderesses, semblent avoir été purement et simplement ignorées par le Tribunal. Celui-ci, au demeurant, semble être passé outre les rapports d'experts des Parties³⁶⁸.
196. Comme les Demanderesses l'ont exposé dans leur Mémoire en demande³⁶⁹, l'absence de discussion des éléments probatoires présentés par les parties par un tribunal

³⁶⁵ **Pièce C271**, Transcript de l'audience du 15 avril 2015, [106:2-16].

³⁶⁶ **Ibid.**, [106:7-13].

³⁶⁷ **Ibid.**, Transcript de l'audience du 15 avril 2015, [108:2-11].

³⁶⁸ **Pièce C9**, Sentence en resoumission, para. 235 : "*Le Tribunal n'a donc pas besoin d'analyser de manière plus détaillée les rapports d'expertise de M. Saura pour les Demanderesses et de M. Kaczmarek pour la Défenderesse, bien qu'il souhaite exprimer sa reconnaissance pour les rapports et le témoignage oral des deux experts, qui ont constitué une aide précieuse dans la clarification des questions posées au Tribunal dans la présente instance*".

³⁶⁹ Mémoire en Demande, §§ 640 et s.

arbitral peut constituer un défaut de motifs. Comme l'a jugé le comité *ad hoc* dans l'affaire *TECO c. Guatemala*³⁷⁰ :

« The Committee takes issue with the complete absence of any discussion of the Parties' expert reports within the Tribunal's analysis of the loss of value claim. While the Committee accepts that a tribunal cannot be required to address within its award each and every piece of evidence in the record, that cannot be construed to mean that a tribunal can simply gloss over evidence upon which the Parties have placed significant emphasis, without any analysis and without explaining why it found that evidence insufficient, unpersuasive or otherwise unsatisfactory. A tribunal is duty bound to the parties to at least address those pieces of evidence that the parties deem to be highly relevant to their case and, if it finds them to be of no assistance, to set out the reasons for this conclusion » (Soulignement ajouté)³⁷¹.

(...)

« The Committee is not persuaded by Guatemala's argument that it was sufficient that the Tribunal summarized the contents of the expert reports and purportedly analyzed them in 72 paragraphs of the Award. What matters for present purposes is that the Tribunal failed to address in any way the expert testimonies within its analysis on the loss of value claim, despite the fact that those testimonies directly pertained to this issue and that the Parties considered them to be highly relevant » (Soulignement ajouté)³⁷².

(...)

« The Committee wishes to point out that it cannot determine whether the evidence that was ignored by the Tribunal would have had an impact on the Award or not. What can be ascertained at the annulment stage is that the Tribunal failed to observe evidence which at least had the potential to be relevant to the final outcome of the case » (Soulignement ajouté)³⁷³.

(...)

« The Committee therefore finds that the Tribunal failed to address in any way the Parties' expert reports on the loss of value claim despite the Parties' strong emphasis on expert evidence, and ignored the existence in the record of evidence which at least appeared to be relevant to its analysis. This resulted in the Tribunal's reasoning on the loss of value claim being difficult to understand. Based on these cumulative grounds, the Committee finds that the Tribunal's decision on the loss of value claim does not satisfy the reasoning requirements of Article 52(1)(e) of the ICSID Convention and should therefore be annulled » (Soulignement ajouté)³⁷⁴.

³⁷⁰ **Pièce CL316**, *TECO Guatemala Holdings LLC c. République du Guatemala*, Affaire CIRDI n° ARB/10/23, Décision du comité ad hoc du 5 avril 2016.

³⁷¹ **Ibid.**, para. 131.

³⁷² **Ibid.**, para. 132.

³⁷³ **Ibid.**, para. 135.

³⁷⁴ **Ibid.**, para. 138.

197. Dans ces circonstances, l'absence d'analyse et de discussion par le Tribunal de la position des Demanderesses³⁷⁵, des pièces juridiques par elles produites³⁷⁶, et des échanges ayant eu lieu à l'audience avec M. Kaczmarek³⁷⁷, ne permet pas de considérer que l'affirmation que « *les Demanderesses n'ont pas satisfait à cette charge [de la preuve], [et qu'] elles n'ont même pas cherché à le faire* »³⁷⁸ constitue un motif et certainement pas non empreint d'excès de pouvoir.
198. Dès lors, les explications du Tribunal ne permettent pas de suivre son raisonnement d'un point A à un point B³⁷⁹, et sont grossièrement insuffisantes, et inadéquates³⁸⁰.
199. Il en résulte un défaut de motifs qui justifie l'annulation de la Sentence sur le fondement de l'article 52(1)(e).
- 7.2.2 La décision du Tribunal selon laquelle les Demanderesses n'ont pas satisfait à la charge de la preuve qui leur incombait constitue une inobservation grave d'une règle de procédure fondamentale**
200. Les Demanderesses ont démontré dans leurs écritures antérieures que la décision du Tribunal selon laquelle les Demanderesses n'ont pas satisfait à la charge de la preuve qui leur incombait était également la manifestation d'une inobservation grave d'une règle fondamentale de procédure justifiant l'annulation de la SR³⁸¹.
201. Dans son Counter-Memorial, la Défenderesse déforme les prétentions des Demanderesses, et soutient que « [t]he third, and final claim - that there was a "serious departure from a fundamental rule of procedure" - consists of the assertion that the Resubmission Tribunal declared Claimants' evidence and arguments on damages inadmissible *in limine litis* »³⁸².
202. Cette présentation de la position des Demanderesses est trompeuse et réductrice. En effet, comme l'ont soutenu les Demanderesses, la décision du Tribunal sur l'absence de satisfaction par les Demanderesses de leur charge de la preuve est l'aboutissement d'un comportement systématique plus vaste, et n'est que l'ultime manifestation du biais qui irrigue la SR³⁸³.
203. En effet, on rappellera qu'au cours de la procédure de resoumission, le TR a :

³⁷⁵ *Supra*, §§ 186-188

³⁷⁶ *Supra.*, para. 189

³⁷⁷ *Supra.*, §§ 190 et ss.

³⁷⁸ **Pièce C9**, Sentence en resoumission, para. 232.

³⁷⁹ **Pièce CL313**, *MINE c. République de Guinée*, Affaire CIRDI No. ARB/84/4, Décision du comité ad hoc du 22 décembre 1989, §§ 5.08-5.09 : "*In the Committee's view, the requirement to state reasons is satisfied as long as the award enables one to follow how the tribunal proceeded from Point A. to Point B. and eventually to its conclusion, even if it made an error of fact and law. This minimum is in particular not satisfied by either contradictory or frivolous reasons*".

³⁸⁰ Mémoire en Demande, §§ 78 et s.

³⁸¹ Requête en annulation, §§ 243 et s. ; Mémoire en Demande, §§ 647 et s.

³⁸² Counter-Memorial on Annulment, para. 387.

³⁸³ Mémoire en Demande, §§ 647 et s.

- Adopté un parti pris sur la nature de sa mission, consistant à "*mettre définitivement un terme à cette procédure arbitrale*"³⁸⁴ ;
 - Considéré que le 1^{er} Comité *ad hoc* aurait pu aller plus loin dans son annulation de la SI³⁸⁵ ;
 - Admis et fait droit à des arguments de la République du Chili qui avaient été rejeté par la SI et le 1^{er} Comité *ad hoc*, ce qui a résulté en substance à octroyer un droit d'appel à la Défenderesse à l'encontre de déterminations *res judicata*³⁸⁶ ;
 - Rouvert, lors de la dernière journée d'audience, des questions qui bénéficiaient de l'autorité de chose jugée³⁸⁷, des questions dont le sens et la portée ont été dévoilées pour la première fois dans la SR elle-même.
204. La décision du TR d'écarter les arguments soutenus et les preuves produites par les Demanderesses, puis de considérer que celles-ci n'ont pas satisfait à la charge de la preuve qui pesait sur elle n'est que l'aboutissement des autres manifestations du parti pris du Tribunal.
205. A ce titre, cette décision constitue l'un des éléments du biais du Tribunal³⁸⁸.
206. Or, comme l'a souligné le comité ad hoc dans l'affaire *Klöckner c. Cameroun*, « [a]ny 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' in the sense of the term 'procedure', i.e., a serious departure from a fundamental rule of arbitration in general, and of ICSID arbitration in particular »³⁸⁹.
207. Pour cette raison déjà, l'annulation de la SR est justifiée³⁹⁰.
208. Dans son *Counter-Memorial*, la Défenderesse soutient également qu'il ne pourrait y avoir de violation du droit à être entendu en l'espèce, puisque les Demanderesses ont pu produire les pièces qu'elles souhaitaient et que dans ces conditions, le droit à être entendu a été respecté³⁹¹.
209. Le traitement de la preuve par un tribunal arbitral est un élément important du droit pour une partie à être entendu³⁹².

³⁸⁴ **Pièce C9**, Sentence en resoumission, para. 172 ; Requête en annulation, §§ 3 et s. ; Mémoire en Demande, §§ 652 et s.

³⁸⁵ Requête en annulation, §§ 243 et s. ; Mémoire en Demande, §§ 655 et s.

³⁸⁶ Requête en annulation, §§ 246 et s. ; Mémoire en Demande, para. 657.

³⁸⁷ Requête en annulation, §§ 251 et s. ; Mémoire en Demande, §§ 292 et s. ; et §§ 658 et s.

³⁸⁸ v. Requête en annulation, §§ 3 et s. ; et §§ 243 et s.

³⁸⁹ **Pièce C7**, *Klöckner v. Cameroon*, Decision on Annulment, 3 May 1985-05-03, para. 95.

³⁹⁰ v. Requête en annulation, §§ 3 et s. ; et §§ 243 et s.

³⁹¹ Counter-Memorial on Annulment, §§ 346-347.

³⁹² **Pièce CL314**, *Wena Hotels Ltd v. République Arabe d'Egypte*, Affaire CIRDI ARB/98/4, Décision du comité ad hoc, 5 février 2002, para. 56-57 : "*Article 52(1)(d) refers to a set of minimal standards of procedure to be respected as a matter of international law. It is fundamental, as a matter of procedure, that each party is given*

210. Contrairement à ce que soutient la Défenderesse, le droit pour une partie à être entendu ne se limite pas à la seule faculté offerte à une partie de soutenir un argument et de produire les pièces qui s'y rapportent, mais s'étend également à la prise en compte, par le tribunal, de ces arguments et pièces.
211. Comme le soulignent MM. Fellmeth et Horwitz, la maxime latine *audiatur et altera pars* dont est tirée le droit pour une partie à être entendue, représente « *a principle of due process according to which parties before an authoritative tribunal must have an equal opportunity to be heard and their arguments considered under the law* »³⁹³ (soulignement ajouté). :
212. Les mêmes auteurs se réfèrent à Bin Cheng, et son explication selon laquelle « *All these [pleadings] rules [of the Hague Conventions and World Court] are merely different methods designed to ensure that the judge should hear and consider what each party may have to say on the dispute as fully as possible - not only on the question at issue, but also on the statements of its opponent. They constitute a more or less elaborate implementation of the fundamental principle: audiatur et altera pars* » (Soulignement ajouté)³⁹⁴.
213. Des tribunaux siégeant sous l'égide du CIRDI ont également considéré que, même si un tribunal n'a pas à répondre expressément à tous les éléments de preuve présentés par les parties, il se doit de les prendre en compte.
214. Comme l'a expliqué le comité *ad hoc* dans l'affaire *Helnan c. Egypte*, le fait que les arguments du demandeur aient été pris en compte et mentionnés dans la sentence lui a permis de considérer qu'il n'y avait pas eu en l'espèce de violation du droit à être entendu :
- « Helnan was afforded an opportunity to advance its arguments on the point, both at the Hearing and in its written Post-Hearing Memorial. Its arguments were plainly considered by the Tribunal. They are summarised in the Award at paragraphs 87-88.» (Soulignement ajouté)³⁹⁵.
215. Comme l'a par ailleurs souligné le comité *ad hoc* dans l'affaire *MTD c. Chili*, le simple fait pour un tribunal de réciter les positions des parties ne suffit pas à considérer que celles-ci ont été prises en compte, si leur reddition par le tribunal est erronée :

the right to be heard before an independent and impartial tribunal. This includes the right to state its claim or its defence and to produce all arguments and evidence in support to it".

³⁹³ **Pièce CL405**, Aaron X. Fellmeth & Maurice Horwitz, *Guide to latin in International law*, Oxford University press, p. 41.

³⁹⁴ **Ibid.**, se référant à Bin Cheng, *General Principles of Law as applied by International Courts and Tribunals*, 1953, p. 293.

³⁹⁵ **Pièce CL406**, *Helnan International Hotels A/S c. République arabe d'Egypte*, Affaire CIRDI ARB/05/19, Décision du comité *ad hoc* du 14 juin 2010, para. 38.

« Conceivably an award might recite the arguments of the parties in such a defective or inaccurate way as to evidence a failure to hear the arguments in the first place»³⁹⁶.

216. Or, en l'espèce, l'absence totale de référence aux écritures ou pièces des Demanderesses établissant que le montant de l'évaluation du préjudice résultant d'une violation du traitement juste et équitable pouvait être équivalent au montant de l'évaluation en cas d'expropriation³⁹⁷, de même que la conclusion du Tribunal que les Demanderesses n'ont même pas essayé de satisfaire la charge de la preuve qui leur incombait³⁹⁸, démontre que le TR a manifestement échoué à entendre, même de la manière la plus essentielle, les arguments et pièces produites par les Demanderesses.
217. On soulignera que le TR a également procédé d'une manière similaire dans ses développements relatifs à l'application du droit chilien à la question du statut du Décret n° 165³⁹⁹.
218. Tout d'abord, cette question, pourtant centrale à la position adoptée par les Demanderesses, comme l'a relevé le Tribunal⁴⁰⁰, n'a fait l'objet que d'une "brève digression" dans la Sentence de la part du Tribunal⁴⁰¹.
219. Au cours de cette brève digression, le TR a rejeté la position des Demanderesses de manière péremptoire, leur reprochant de n'avoir pas produit de rapport d'expert - contrairement à la Défenderesse - et d'avoir simplement interprété elles-mêmes le droit chilien :
- « Les Demanderesses n'ont pas produit de rapport d'expert de leur côté, se contentant de donner, par le biais de leurs conseils (dont aucun n'est avocat au Chili), leur propre interprétation du droit chilien et dénigrant la fiabilité et la bonne foi du Dr Libedinsky»⁴⁰²,*
220. alors que les fondements des Demanderesse reproduisaient littéralement les articles de la Constitution d'application directe et impérative par les tribunaux, et la doctrine de la Cour Suprême du Chili relative à la nullité de droit public de tous les décrets confiscatoires édictés en application du Décret-loi n° 77 de 1973.⁴⁰³

³⁹⁶ **Pièce CL349**, *MTD Equity Sdn. Bhd. and MTD Chile S.A. c. République du Chili*, Affaire CIRDI ARB/01/7, Décision sur l'annulation du 21 mars 2007, para. 56-57.

³⁹⁷ *Supra*, §§ 44, 60, 61 (ii), 168, 190-197

³⁹⁸ **Pièce C9**, Sentence en resoumission, para. 232.

³⁹⁹ **Pièce C9**, Sentence en resoumission, §§ 197-198.

⁴⁰⁰ **Pièce C9**, Sentence en resoumission, para. 197 : "*Ce pourrait donc être le moment opportun pour une brève digression sur le statut du Décret n° 165 au regard du droit public chilien, un sujet qui a absorbé une grande partie des débats entre les Parties, tant au cours de la phase écrite que lors des audiences. Le poids de l'argument des Demanderesses a déjà été indiqué au paragraphe 196 ci-dessus*" (Soulignement ajouté).

⁴⁰¹ *Ibid.*

⁴⁰² **Pièce C9**, Sentence en resoumission, para. 197.

⁴⁰³ *V. supra* §28 (page 24)

221. En définitive, après s'être référé de manière extrêmement sommaire au témoignage de l'expert présenté par la Défenderesse⁴⁰⁴, le TR donne raison à la Défenderesse sur le fondement du "bon sens", de "la logique" et de "la bonne administration".⁴⁰⁵
222. Le raisonnement ainsi mis en œuvre par le TR si tant est qu'il puisse être qualifié comme tel, est très insuffisant pour considérer que le droit des Demanderesses à être entendu a été respecté.
223. En premier lieu, on soulignera que, si certains systèmes juridiques imposent que le droit local soit prouvé par témoignage devant les juridictions étatiques, cette règle n'a pas lieu d'être en matière d'arbitrage international, notamment sous l'égide du CIRDI.
224. En effet, ni la Convention, ni le Règlement, ne prévoient le recours à un mode de preuve spécifique. Il en résulte que la preuve est libre et peut être établie par tous moyens⁴⁰⁶.
225. Dès lors, le recours par les Demanderesses à un expert juridique n'était pas obligatoire, et le simple fait de ne pas avoir soumis une opinion juridique sur le droit chilien rémunérée par les Demanderesses et que celles-ci aient préféré faire valoir, à sa place, la Constitution, la jurisprudence concordante de la Cour Suprême et la doctrine qualifiée publiée, ne peut constituer en en soi un défaut de preuve. En outre, si aucun avocat chilien n'était effectivement présent lors de l'audience, le principal conseil des Demanderesses connaît le droit chilien et son évolution historique et s'est toujours fait assister de conseils de droit chilien tout au long de la procédure, ce qui est attesté dans le dossier arbitral ce que le TR ne peut ignorer.
226. En effet, sans avoir recours à un expert qui émet une opinion en échange d'un paiement, les Demanderesses ont produit plusieurs dizaines de décisions de jurisprudence chilienne et des commentaires de la doctrine scientifique publiée sur le droit applicable pour étayer leur position⁴⁰⁷. Le TR n'a pas même évoqué cet élément, et a fortiori ne s'est pas référé à une seule d'entre elles, ni à la présentation qu'en avait faites les Demanderesses dans leurs écritures⁴⁰⁸.

⁴⁰⁴ **Pièce C9**, Sentence en resoumission, para. 197 : "*La Défenderesse a contré cet argument grâce au rapport d'un expert en droit chilien, en la personne du Dr Marcos Libedinsky Tschorne, ancien Président de la Cour suprême du Chili et Membre de la Cour constitutionnelle du Chili. Celui-ci a déclaré, en substance, qu'il est plus exact de dire que la nullité absolue d'un décret-loi exige une décision judiciaire à cet effet, que, en tout état de cause, le demandeur n'a pas demandé de déclaration de nullité dans l'affaire de la rotative Goss et enfin qu'une telle déclaration de nullité ne peut pas être déduite des termes du jugement du Tribunal de Santiago de 2008 dans cette affaire*".

⁴⁰⁵ **Pièce C9**, Sentence en resoumission, para. 197.

⁴⁰⁶ Règlement d'arbitrage CIRDI, article 34 : "*Le Tribunal est juge de la recevabilité de toute preuve invoquée et de sa valeur probatoire*".

⁴⁰⁷ V. Requête en annulation, §§ 254 et s. et les pièces citées en notes de bas de page ; Mémoire en Demande, paras 681 et s.

⁴⁰⁸ **Mémoire en Demande** du 27 juin 2014, §§ 246 et s. ; **Pièce C40**, Réplique des Demanderesses du 9 janvier 2015, §§ 75 et s.

227. Les Demanderesses ont également eu l'occasion de démontrer que l'expert de la Défenderesses lors des audiences a témoigné, sur le point le plus crucial pour la fixation du quantum, dans le sens que les Demanderesses ont soutenu sur la base du droit applicable que la SR n'a appliqué absolument sous aucune forme. Comme elles l'ont exposé dans leurs écritures antérieures⁴⁰⁹, au cours de son contre-interrogatoire par les Demanderesses, l'expert présenté par la Défenderesses a admis que, bien que le 1^{er} Tribunal civil de Santiago ne se soit pas directement prononcé sur la nullité de droit public du Décret n° 165, il avait dû prendre acte de celle-ci dans le 9^{ème} Considérant de son Jugement du 24 juillet 2008 afin de trancher l'une des exceptions formulées par l'État du Chili⁴¹⁰ :

« Q. Thank you, Mr Libedinsky. All the same, the decision continues; it doesn't stop there. We agree? There are three more pages in the decision.

A. 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.

Q. Mr Libedinsky, what you have just said is that after that, the judge will look at the question of time bar, i.e. the fourth objection that was raised by Chile in its reply, right?

A. Yes, I agree.

Q. So this statute of limitation concerns the deposit by necessity; is that what you indicated earlier, a few moments ago? Is that right?

A. Yes.

Q. Do you agree with the statement that I am going to make: that in order to rule over the statute of limitation and the deposit by necessity, you have to acknowledge that there is such a thing?

A. Yes, that's what Mr Pey invoked. And Mr Pey said, "The machine was taken from me". He didn't quite say it in so many words, but he said that the military arrived and he voluntarily handed the machine over. That's more what he was saying. And then he started asking for it to be returned.

(...)

⁴⁰⁹ Requête en annulation, §§ 259 et s. ; Mémoire en Demande, pp. 191-192, et §§ 681 et s.

⁴¹⁰ Voir le §136 *supra*

MS MUÑOZ: You say this is Mr Pey's position, but it is also the position of the Chilean court, since the rule on the time bar of the deposit by necessity. So obviously the Chilean court had to deal with it.

A. Yes.

Q. All the same, we heard a moment ago that in order to have this deposit by necessity, Decree 165 should be null and void.

A. Yes, yes » (soulignement ajouté)⁴¹¹.

228. Là encore, le Tribunal a ignoré le témoignage de l'expert dans cette partie de l'audience pour ne s'attacher qu'à l'apparence de bonne foi, d'indépendance et d'objectivité du Dr Libedinsky.
229. Une fois encore, l'absence totale de référence quelconque du Tribunal au droit applicable, aux écritures et pièces des Demanderesses, ainsi qu'aux interrogatoires ayant eu lieu lors des audiences sur la Constitution du Chili et le statut du Décret n° 165 au regard de la nullité de droit public, *ab initio*, démontre que le TR a échoué à entendre la position des Demanderesses pour des raisons inexplicables.
230. Dans ces conditions, le TR a violé le droit des Demanderesses à être entendues.
231. Comme l'a expliqué le 1^{er} Comité *ad hoc* dans la présente affaire, une fois l'inobservation d'une règle de procédure fondamentale établie, il appartient au comité *ad hoc* de déterminer si cette inobservation est grave. Il revient pour ce faire au présent Comité de déterminer si, pour le cas où la règle en question aurait été observée, il existe une possibilité que la décision du tribunal ait été différente⁴¹².
232. Les Demanderesses soumettent qu'une telle possibilité existe en l'espèce.
233. En effet, si le TR avait pris la peine d'écouter les Demanderesses de manière objective et impartiale, sans *a priori*, notamment celui relatif à l'absence de compétence pour se prononcer sur des actes pris par le Chili postérieurement au 3 novembre 1997, il n'aurait pas pu conclure comme il l'a fait qu'elles «*n'ont pas satisfait à cette charge [de la preuve] ; [ni] même (...) cherché à le faire.*»⁴¹³
234. En conséquence des développements ci-avant, les Demanderesses sollicitent donc du présent Comité *ad hoc* qu'il prononce l'annulation de la Sentence pour inobservation grave d'une règle de procédure fondamentale.

⁴¹¹ Pièces C43, Transcript en français de l'audience du 14 avril 2015, page 84 ; C66, id. en espagnol, pages 443 (lignes 20-22), 444 (lignes 1-22), 445 (lignes 1-2 ; 17-22), 446 (lignes 1-5) ; C358, id. en anglais, pages 150 (lignes 21-25), 151 (lignes 1-20), 152 (lignes 9-17), et C68 avec la correction de la traduction des pages 150 et 151 approuvée par le TR

⁴¹² Pièce C20, Décision du comité *ad hoc* du 18 décembre 2012, §§ 77-78 ; Pièce CL314, *Wena Hotels Ltd v. République Arabe d'Egypte*, Affaire CIRDI ARB/98/4, Décision du comité *ad hoc*, 5 février 2002, para. 61.

⁴¹³ Pièce C9, Sentence en resoumission, para. 232.

8. LA SR A IMPOSÉ À MME. PEY LA QUALITÉ DE REPRÉSENTANTE DE M. PEY CONTRE LA VOLONTÉ DES INTÉRESSÉS, A REFUSÉ SANS MOTIVATION LE *IUS STANDI* INHÉRENT À LA PROPRIÉTÉ DE 10% DES ACTIONS DE CPP S.A. ET À INOBSERVÉ UNE RÈGLE FONDAMENTALE DE PROCÉDURE

« La CESSIONNAIRE se subroge également en lieu et place du CÉDANT (...) pour ce qui concerne la poursuite dudit arbitrage auprès du CIRDI (Cas ARB/quatre-vingt-dix-huit/deux) conformément à ce que dispose l'article cinquante-deux (six) de la Convention CIRDI et la Règle d'arbitrage numéro cinquante-cinq (un). »⁴¹⁴

234. Les antécédents de fait et les fondements de droit de la présente section ont été opportunément allégués devant le TR dans le Mémoire en Réplique du 9 janvier 2015⁴¹⁵ et sont également invoqués dans la procédure en annulation de la SR.

235. M. A. Broches, dont est notoire le rôle important qu'il a joué dans la genèse de la Convention CIRDI, a écrit:

« Nous avons laissé ouvertes toutes les questions de détermination de la nationalité ; on a aussi laissé ouverte la question d'une cession ou plutôt des effets juridiques d'une cession volontaire, par exemple la question de savoir si la clause compromissoire bénéficierait à une tierce personne ou plutôt au successeur où à une personne à qui a été cédé le contrat. La question de savoir si le consentement doit être censé avoir été donné intuitu personae est une question d'interprétation du consentement (...) Je crois qu'il s'agira toujours d'une interprétation du consentement ».⁴¹⁶

236. Le TR a commis un excès manifeste de pouvoir en imposant à Mme. Coral Pey Grebe, à la demande unilatéral de l'État du Chili⁴¹⁷, la qualité de représentante de M.

⁴¹⁴ **Pièce C264**, contrat de cession de crédits signé par-devant Notaire le 15 mars 2013 entre Monsieur et Mme. Pey, clause 7^{ème}

⁴¹⁵ **Pièce C40**, section « *1. SUR LE TRANSFERT DES DROITS DE M. PEY A SA FILLE CORAL PEY GREBE* », §§16-52, et réaffirmés lors des audiences d'avril 2015 (**pièce C43**)

⁴¹⁶ **Pièce CL404**, Investissements étrangers et arbitrage entre États et personnes privées. La Convention BIRD du 18 mars 1965, Paris, Padone, pages 51-52

⁴¹⁷ **Pièce C9f**, SR, §188, « *le Tribunal a noté avec satisfaction, dans les écritures de la Défenderesse, une indication selon laquelle celle-ci également n'aurait, pour sa part, aucune objection à un accord pratique de cette nature dans les circonstances particulières de l'espèce. Le Tribunal poursuivra donc comme indiqué dans le paragraphe suivant.* »

Victor Pey Casado, passant outre à la volonté en sens contraire de M. Pey⁴¹⁸, de même que de Mme. Pey⁴¹⁹, sans même solliciter leur avis.

237. M. Pey et Mme. Pey et leur représentant légal ont lu, à leur grande surprise, dans la SR

- i. que « *il n'est pas contesté que (...) Mme. Pey Grebe, la fille, agit en pratique en qualité de représentant légal de son père âgée (...)* »⁴²⁰, ce qui n'est pas exact – la SR n'indique nullement le fondement de cette conclusion, et pour cause, les Demanderesses ayant manifesté explicitement leur opposition à ce que l'État leur impose leur représentant :

*« Comme cela a été clairement indiqué, M. Pey a réalisé cette cession au profit de sa fille en raison de son âge avancé, bientôt cent ans aujourd'hui, afin de préserver ses droits. Les Demanderesses considèrent que cette raison est parfaitement compréhensible, la position du Chili sur la question sous une apparente bienveillance [que Mme. Pey soit admise dans la procédure en qualité de « représentante » de son père] tend à avoir pour effet de priver M. Pey et ses ayant-droits du bénéfice de la Sentence du 8 mai 2008 »*⁴²¹,

- ii. « *que les termes utilisés [dans certaines écritures] aient pu avoir pour but d'indiquer au Tribunal que les conseils des Demandeurs recevaient en pratique des instructions détaillées de Mme Pey Grebe pour le compte de son père, et non de M. Pey Casado en personne* »,

ce qui n'est pas exact - la SR n'identifie aucune écriture en ce sens. Un Tribunal qui fonde ses conclusions sur la base d'attribuer aux Demanderesses des manifestations ou des actes inexistantes, et qui plus est, dont la preuve du contraire figure dans le dossier ne saurait « même avec un gros effort d'imagination » être considéré impartial.

- iii. que « *si tel est le cas, le Tribunal ne voit pas la moindre irrégularité dans cette situation* », une conclusion dont le conditionnel « *si tel est le cas* » démontre que ce qui précède est le fruit de l'imagination de la SR, et découle d'affirmations inexactes, purement fantaisistes et contraires à la vérité, citées *supra*,

⁴¹⁸ Le pouvoir de représentation conféré par M. Pey Casado à Me Juan E. Garcés le 2 juin 1997 figure dans l'annexe n° 1 de la Requête initiale. Le 24 mars 2018 une copie a été jointe à la présente phase de la procédure

⁴¹⁹ Les pouvoirs accordés par Mme. Pey par-devant notaire le 15 mars 2013 en faveur de Me Juan E. Garcés figurent dans la pièceND03 annexée à la Demande en resoumission du 18 juin 2013

⁴²⁰ **Pièce C9f**, SR, §187

⁴²¹ **Pièce C40**, Mémoire en réplique des Demanderesses du 9 janvier 2015, §40

- iv. que « *Mme Pey Grebe sera considérée comme la représentante de M. Pey Casado à tous égards en ce qui concerne l'octroi de cette compensation* ». ⁴²² Cette décision de la SR
 - a) outrepassé absolument les pouvoirs que M. et Mme. Pey ont conféré au TR,
 - b) enfreint l'article 18 du Règlement d'arbitrage du CIRDI, qui dispose qu'il incombe à « chaque partie » de nommer qui peut la représenter ou l'assister, « *dont les noms et les pouvoirs doivent être notifiés par ladite partie au Secrétaire général, qui en informe sans délai le Tribunal (...) et l'autre partie. Aux fins du présent Règlement, le terme 'partie' comprend, si le contexte le permet, l'agent, le conseiller ou l'avocat autorisé à représenter ladite partie* »,
 - c) M. Pey Casado n'a pas notifié à Mme. la Secrétaire Générale du CIRDI que Mme. Grebe serait sa représentante, ni, bien entendu, les pouvoirs correspondants;
- v. que « *dans le cas où le Tribunal déciderait que la compensation doit prendre la forme d'une compensation pécuniaire, le versement des sommes dues à chacune des deux Demanderesses bénéficiaires devra faire l'objet d'un accord interne entre elles, dans lequel leurs conseils désignés joueront également le rôle de conseil de Mme Pey Grebe* ». ⁴²³ Cette décision de la SR outrepassé absolument et manifestement le pouvoir du TR. Son raisonnement est également difficile à suivre et contradictoire dès lors que le Dispositif de la SR refuse toute sorte de compensation pécuniaire aux Demanderesses.

238. L'excès de pouvoir et la contradiction commis dans les §187- 188 de la SR constitue également un défaut de motifs :

- a. Il attribue la représentation de M. Pey Casado, âgé de 101 ans lorsque la SR a été prononcée, à une personne à qui M. Pey ne l'a pas confiée,
- b. Il prétend remplacer de la sorte le représentant légal désigné par M. Pey,
- c. Il modifie les conséquences légales découlant de la cession des actions de CPP S.A. de M. Pey à sa fille et acceptée par-devant notaire le 15 mars 2013⁴²⁴, à savoir que celle-ci a acquis la qualité d'investisseur étranger au sens de l'API comme il a été abondamment étayé dans la procédure de resoumission.⁴²⁵ Or

⁴²² **Pièce C9f**, SR, §187

⁴²³ **Ibid.**, §188

⁴²⁴ **Pièce C246**

⁴²⁵ **Pièce C40**, Mémoire en réplique du 9 janvier 2015, §§

la SR affirme « *Les seules Demanderesses sont donc M. Victor Pey Casado et la Fondation,*

- d. une manière pour la SR de se dispenser de motiver sur quels fondements elle considère que Mme. Pey ne serait pas depuis le 15 mars 2013 « l'investisseur » -conformément à l'article 1 de l'API, à l'article 25 de la Convention et aux conclusions de la SI⁴²⁶ dans le cas de la première cession des actions de M. Pey à la Fondation et qui sont également applicables dans le cas de la cession à sa fille,
- e. ou de ne pas motiver la raison pour laquelle Mme. Pey, qui a comparu dans la procédure de resoumission en vertu de sa qualité de propriétaire de 10% des actions en qualité de codemanderesse/cessionnaire (conjointement à « l'investisseur initial » M. Pey et la Fondation), ne serait pas une codemanderesse,
- f. ou que « *si la cession de droits doit être comprise comme transférant à Mme Pey Grebe les droits substantiels de son père, il en résulterait que M. Pey Casado ait perdu sa capacité à agir et ne pourrait plus apparaître comme demandeur* »⁴²⁷,
- g. ou que « *dans ce cas de figure, le transfert ne serait pas de nature à satisfaire l'exigence classique d'identité de parties* ».⁴²⁸

239. Procéder à des tels excès de pouvoir de la part du TR peut-il être considéré innocent, dès lors que M. Pey Casado étant âgé le 13 septembre 2016 de 101 ans il était raisonnable d'anticiper qu'il n'aurait pas devant lui le temps vital suffisant pour combattre les conséquences d'un pareil abus de pouvoir dans la SR afin d'écarter Mme. Pey et ses actions de la compétence du Tribunal devant fixer le montant des dommages subis?

M. Victor Pey est, en effet, décédé le 5 octobre 2018, bien avant la Décision du présent Comité *ad hoc* relative à la demande d'annulation de la SR qu'il avait formulée quatre jours après que lui soit notifiée, le 6 octobre 2017, la Décision du TR sur la correction des erreurs contenues dans la SR.

240. Le *ius standi* de Mme. Pey ayant été ainsi fermée dans la SR, le déni de justice commis par la SR serait consommé également envers M. Víctor Pey... si la SR n'est pas annulée.

⁴²⁶ Voir pièce C2, SI, les §§539, 540, 542- 544, 556-558, de même que celles des §§238, 322, 323, 414- 416, 551, 553, 544 pour ce qui concerne la qualité d'investisseur/cessionnaire et la nationalité de Mme. Pey, respectivement

⁴²⁷ **Pièce C9f**, SR, §187. Voir la réponse à cette conclusion dans le Mémoire en annulation, §§710- 711

⁴²⁸ **Ibid.**

241. Cet excès de pouvoir constitue également une violation flagrante par la SR des normes internationales, internes et internationales, contraignantes, auxquelles renvoi l'article 10(4) de l'API, garantissant l'accès à la justice et le *due process*.⁴²⁹
242. D'autre part, les conclusions de la SI (§§537-544) relatives à la cession par M. Pey de 90% des actions de CPP S.A. à la FPA sont opposables aux allégations de la Défenderesse⁴³⁰ contraires au *ius standi* de Mme. Pey Grebe en qualité de demanderesse/cessionnaire de 10% de actions de CPP S.A. (M. Pey étant demandeur en sa qualité d'investisseur original), à savoir

<u>Allégations de la Défenderesse</u>	<u>Sentence initiale</u>
(1) that, in order to establish jurisdiction <i>ratione materiae</i> , Ms. Pey Grebe would need to demonstrate not only that she held some type of protected asset, but also that she had obtained such asset as a result of personal contribution	SI, §542 :« <i>De l'avis du Tribunal arbitral, le fait que, dans le cas d'espèce, M. Pey Casado ait cédé les actions en vertu d'une donation ne change rien au fait que la Fondation a obtenu la qualité d'investisseur par cette cession. Tant que la cession d'actions qui constituent l'investissement initial est valable (comme le Tribunal arbitral l'a confirmé dans la présente affaire), elle transmet la qualité d'investisseur au cessionnaire. »</i>
(2) that Ms. Pey Grebe could not establish either prong, because (a) half of the "investment" that she supposedly had acquired (<i>viz.</i> , a 10% stake in <i>El Clarín</i>) was the same "investment" that had been expropriated definitively in the 1970s	SI, §542 SI, 537 :« <i>De l'avis du Tribunal arbitral, la Fondation Presidente Allende a obtenu la qualité d'investisseur en vertu de la cession des actions en sa faveur de la part de la première partie demanderesse, M. Pey Casado</i> »
(2) that Ms. Pey Grebe could not establish either prong, because (...) (b) the other half (an alleged right to any amount awarded in the ICSID proceeding) could not be considered an "investment" as such	§543 : « <i>La cession d'actions de la part de M. Pey Casado ne constituait pas une cession du 'droit de réclamation ou 'droit de demande' (termes utilisés par la défenderesse), mais de la qualité d'investisseur</i> ».
(3) in any event, Ms. Pey Grebe had not made any contribution (the "rights" had been "ceded" to her for free)	SI, §542 ; §532 : « <i>avait obtenu la qualité d'investisseur au sens de l'article 25 de la Convention CIRDI par la cession d'actions de la part de l'investisseur original</i> »
(4) that Ms. Pey Grebe could not assert damages claims based on alleged	L'API protège l'investissement qui lui a été transmis, et, également, l'investisseur

⁴²⁹ Mémoire en annulation, §121 ; Requête en annulation, §16

⁴³⁰ Voir dans le Counter-Memorial la nbp 376

injury to another person	cessionnaire
(5) that Ms. Pey Grebe could not assert claims based on alleged events or injury predating her alleged investment	Mme. Pey a reçu 10% de l'investissement de son père dans CPP S., protégé par l'API, dont la violation a eu lieu à partir du 28 avril 2000
(6) that new claims could not be asserted in the Resubmission Proceeding	Les demandes portent sur l'évaluation du dommage causé pour les violations à l'article 4 de l'API établies à la SI

243. Les allégations du *Counter-Memorial* ne réfutent pas les conclusions du Mémoire en annulation:

1. §§365-366 : As Arbitration Rule 50(1) provides, such application must “*state in detail . . . the grounds on which it is based*”.

Réponse: Voir le §8 *supra*

2. §367: in their Annulment Memorial, Claimants fail to articulate a fully-formed claim for a manifest excess of powers.

Réponse: Voir dans le Mémoire en annulation :

- le §669 (§187) : la prétention de la SR selon laquelle Mme. Pey n'aurait pas de *ius standi* contredit « *l'article 25 de la Convention tel qu'appliqué dans les fondements res iudicata de la S.I. (§§144, 415, 237 ; 542 ; 556, 557, 558; 551, 553, 554).* » La SR ne fournit pas la raison, ou une raison tenable, de sa conclusion dans ce §669 ;

- les §§698-699 ;

- les §§712-753 et la conclusion du §753 : «*Le paragraphe 1 de la Décision (§256) et ses fondements dans les paragraphes cités ci-dessus enfreignent ou contredisent manifestement la res iudicata de la SI et devraient être annulés.* »

244. Le Counter-Memorial poursuit au §368 :

the Resubmission Tribunal's conclusions plainly meet the “tenable” standard. Article 52(6) of the ICSID Convention states that “[i]f the award is annulled the dispute shall, at the request of either party, be submitted to a new Tribunal constituted in accordance with Section 2 of this Chapter.” Because the phrase “either party” is a reference to the parties to the annulment proceeding — and the parties in the annulment proceeding must be the same as in the original arbitration — it was clearly appropriate for the Resubmission Tribunal to find that “[t]he only Claimants [in the Resubmission Proceeding] are therefore Mr. Victor Pey Casado and the Foundation.”

Or cette conclusion de la Défenderesse enfreint les conclusions *res iudicata* de la SI relatives à la cession des actions de CPP S.A. par M. Víctor Pey, les « *questions at issue* » et leurs conséquences sur la compétence.

Elle est également contraire aux conclusions en la matière d'autres Tribunaux du CIRDI, par exemple dans *Vivendi* :

The Argentine Republic argues that these identity requirements are not met, while the Claimants submit that they are satisfied. The identity of the parties depends on whether Vivendi Universal is the successor-in-interest of CGE. As will be seen below, the Tribunal has come to the conclusion that Vivendi Universal is indeed the successor of CGE and shareholder of CAA. Hence, the requirement of identical parties is met.

The same conclusion holds true with respect to the identity of the “questions at issue”. Depending on the definition given to this second requirement, the requirements for the identity which it implies may be more or less stringent. In the present case, there is no need to further define the applicable requirements, as the dispute before this Tribunal meets the identity requirement by any standard. A review of the pleadings before this and the First Tribunal demonstrates that the claims are based on the same facts, ie, on certain conduct of the authorities of Tucumán and on the same legal grounds, ie, on breaches of Articles 3 and 5 of the Treaty. It further demonstrates that in both cases Claimants seek reparation in the form of an award of damages. It is true that in the resubmitted case, Claimants have made allegations about certain conduct which occurred later than the acts submitted to the First Tribunal, and produced related evidence. This fact does not change the conclusion on the identity of the “questions at issue” as the later occurrences are merely the continuation in time of the breaches initially complained of.^{62 431}

245. L'identité des parties dans la procédure initiale et la procédure de resoumission est par conséquent conforme à l'autorité de la chose jugée de la SI relative à l'article 25 de la Convention et aux articles 1 et 2 de l'API dans le cas de la Fondation, cessionnaire de 90% des actions de M. Pey dans CPP S. A., et de Mme. Pey Grebe, cessionnaire de 10% restantes, de même que l'identité de la *causa petendi*, de l'objet découlant des infractions continues à l'article 4 de l'API commises à partir de la Décision 43 du 28 avril 2000.

246. La conclusion au §187 de la SR selon laquelle

« le transfert [des actions de M. Pey à sa fille] ne serait pas de nature à satisfaire l'exigence classique d'identité de parties »,

est une affirmation *ex cathedra*, sans aucun raisonnement ni autorité à l'appui fondé sur quoi que ce soit, sans la moindre analyse ni évaluation des conclusions des Demanderesses à ce sujet. Elle n'est pas tenable, manque de motifs et constitue un excès de pouvoir manifeste.

^{431 62} This is in line with “continuing character” of breaches referred to in Article 14 of the International Law Commission Draft on the Responsibility of States for internationally wrongful acts, which provides as follows: “The breach of an international obligation by an act of a State having a continuing character extends over the entire period during which the act continues and remains not in conformity with the international obligation”.

247. Cette conclusion n'est pas tenable du fait de sa contrariété avec les conclusions de la SI et du 1^{er} Comité *ad hoc* au sujet des conséquences légales de la cession des actions de M. Victor Pey dans CPP S.A. en rapport avec le *ius standi* et la compétence du Tribunal arbitral sous la Convention du CIRDI et l'API.

Le Chili avait déjà fait un premier appel contre la SI devant le 1^{er} Comité *ad hoc*, un appel qu'il formule une deuxième fois devant le TR sous prétexte du *ius standi* de Mme. Pey Greve (v. les §§127, 129, 130(b), (c), de la SR). Le 1^{er} appel avait été le suivant :

411. The Republic could not have anticipated during the arbitral proceeding that in its Award, the Tribunal would confuse a transfer of shares for ownership purposes with the mere transfer of litigation rights, and that in doing so, it would fail to analyze the real nature of the Foundation's alleged investment as a matter of Chilean law...[...]

413. Chile's analysis in the Memorial of whether the claim rights received by the Foundation from Mr. Pey could qualify as an investment was based on the Tribunal's reasoning in the Award regarding Mr. Pey's alleged investment. (...) the Tribunal failed to assess whether the claim rights received by Foundation could in and of themselves qualify as an investment. In its Memorial, the Republic applied to the Foundation the same standard that the Tribunal used to determine whether Mr. Pey's alleged acquisition qualified as an investment, and demonstrated that the Tribunal had not applied to the Foundation its own standard to determine whether the Foundation held an "investment" covered by the BIT. (...)

414. Had the Tribunal performed with respect to the Foundation's alleged investment the same analysis that it had applied to Mr. Pey's alleged investment, it necessarily would have concluded that the litigation rights transferred by Mr. Pey to the Foundation did not qualify as an investment, either under the provisions of the Chile-Spain BIT—Article 1(2)—or under Article 25 of the ICSID Convention. Accordingly, the Tribunal manifestly exceeded its powers by asserting jurisdiction over an alleged "investment" by the Foundation that clearly did not arise out of any activity that could be considered an "investment" under either the ICSID Convention or the BIT. The Award must therefore be annulled under Article 52(1)(b) of the ICSID Convention for this reason. [Caractères italiques dans l'original]⁴³²

Le 1er Comité a rejeté l'appel du Chili dont la SR a accepté la substance au §187. Le 1^{er} Comité *ad hoc* de dire :

« Selon le Comité, il s'agit là encore d'une tentative de la part de la Défenderesse d'interjeter appel de la décision du Tribunal devant le Comité en vue d'obtenir de celui-ci qu'il l'infirmes et décide, au lieu de cela, que les droits reçus par la Fondation de M. Pey Casado ne peuvent pas être qualifiés d'investissement. Cela, le Comité ne le fera pas. La Défenderesse tente de contester la conclusion du Tribunal selon laquelle il y a eu un transfert d'actions de M. Pey Casado à la Fondation, qui a conféré à cette dernière la qualité d'investisseur. La Défenderesse soutient que les actions avaient cessé d'exister et que, par conséquent, elles ne pouvaient pas avoir été transférées. Elle en conclut que M. Pey

⁴³² Pièce C20, Décision du 1^{er} Comité *ad hoc*

Casado aurait pu seulement transférer des droits relatifs à des litiges ou des réclamations qui ne peuvent pas être qualifiés d'investissement. Après examen des arguments des parties, le Tribunal est parvenu à une conclusion différente : la Fondation avait acquis la qualité d'investisseur⁴³³. Ceci signifiait que l'investissement restait le même et que, par conséquent, il n'était pas besoin pour le Tribunal d'examiner de nouveau si les droits transférés à la Fondation pouvaient être qualifiés d'investissement au sens des dispositions de l'API et de la Convention CIRDI. Le Tribunal résume ainsi sa position au paragraphe 558 de la Sentence :

558. Cette conclusion est renforcée par le fait que, en tout état de cause, la Fondation Allende a obtenu la qualité d'investisseur par la cession de la part de l'investisseur initial, M. Pey Casado, d'une grande partie de son investissement. A ce propos, les mêmes règles que le Tribunal arbitral a énoncées quant à la notion d'investissement au sens de l'article 25 de la Convention CIRDI s'appliquent. Compte tenu de la rédaction très large de l'API, une interprétation plus stricte ne se justifierait pas. En particulier, l'API ne requiert pas que l'investisseur ait fait l'investissement lui-même, ce qui laisse ouverte la possibilité qu'un investissement (et la qualité d'investisseur) puisse résulter d'une cession de la part de l'investisseur initial.

173. Le Tribunal n'a pas commis d'excès de pouvoir et la Sentence ne sera pas annulée sur le fondement de ce motif. La demande de la Défenderesse est par conséquent rejetée."

[Fin de la citation de la Décision du 1er Comité *ad hoc*]

248. La conclusion de la SR manque également de motifs dès lors que les prétentions des parties, résumées dans les §§185,186 de la SR,

- soit n'ont pas été traitées dans le §187 -« *Le Tribunal comprend parfaitement les points mis en avant par les deux Parties sur cette question, mais il estime, après mûre réflexion, que celle-ci a donné lieu à des débats entre les Parties qui sont allés bien au-delà de l'importance intrinsèque réelle qu'elle revêt* » -

- soit les raisons figurant au §187 de la SR ne sont pas tenables comme on a vu au §246 *supra*.

En outre,

- Mme. Pey loin de «*profiter des arguments en matière de compétence avancés par les autres demandeurs* » comme semble le lui attribuer ce paragraphe, a établi la compétence à son égard en vertu de l'autorité de la chose jugée de la SI et du 1^{er} Comité *ad hoc* rejetant les objections au *ius standi* découlant de la cession des actions de CPP S.A. par M. Pey⁴³³,

- Il n'est pas tenable que «*si la cession de droits doit être comprise comme transférant à Mme Pey Grebe les droits substantiels de son père, il en résulterait que M. Pey Casado ait perdu sa capacité à agir et ne pourrait plus apparaître comme*

⁴³³ Voir dans la Réplique des Demanderesses du 9 janvier 2015, les §§16-52, **pièce C40**

demandeur », dès lors que M. Pey est apparu en une autre qualité, à savoir celle d'investisseur « *originel* », « *initial* »⁴³⁴,

- comme n'est pas tenable la conséquence que de ces prémisses, elles-mêmes intenable, tire le §187 de la SR, à savoir : « *même dans ce cas de figure, le transfert ne serait pas de nature à satisfaire l'exigence classique d'identité de parties* », car l'identité des parties découle du fait que Mme. Pey est la successeur légitime des intérêts de M. Pey dans CPP S.A. conformément au contrat de cession signé par-devant Notaire le 15 mars 2013 entre Monsieur et Mme. Pey, à savoir :

« **QUATRIÈMEMENT.** La CESSIONNAIRE accepte et, en conséquence, acquiert la qualité de titulaire du crédit cédé, avec tous les droits, accessoires, obligations et charges qui y sont attachées. Pour être de son intérêt, la cessionnaire déclare connaître toutes les circonstances relatives au crédit transmis de même qu'à l'opération commerciale à l'origine dudit crédit.

« **CINQUIÈMEMENT.** La CESSIONNAIRE accepte et ratifie le consentement à l'arbitrage entre le CÉDANT et la République du Chili auprès du Centre International pour le Règlement des Différends relatifs aux Investissements (CIRDI), dont le siège est à la Banque Mondiale, Washington D.C., arbitrage auquel a été consenti en date du deux octobre mil neuf cent quatre-vingt- dix-sept et dont la Requête fut enregistrée le vingt-quatre avril mil neuf-cent quatre-vingt- dix-huit par le Secrétariat du CIRDI comme Cas ARB/quatre-vingt-dix-huit/deux, et dans lequel ont été prononcées la Sentence du huit mai deux mil huit et la Décision du dix-huit novembre deux-mil neuf du Tribunal arbitral, et la Décision du Comité ad hoc du dix-huit décembre deux mil douze.

« **SIXIÈMEMENT.** La CESSIONNAIRE se subroge en lieu et place du CÉDANT dans le contrat primitif, de même que dans la procédure d'arbitrage en cours.

« **SEPTIÈMEMENT.** La CESSIONNAIRE se subroge également en lieu et place du CÉDANT (...) dans toute autre procédure et/ou action découlant, connexe ou ayant un rapport avec cet arbitrage et ses développements, et/ou avec la défense du patrimoine, des droits et crédits du CÉDANT sur ledit investissement auprès de tout Tribunal, organisme, autorité, institution ou instance ayant compétence dans n'importe quel pays du Monde. En particulier, elle se subroge en lieu et place du CÉDANT pour ce qui concerne la poursuite dudit arbitrage auprès du CIRDI (Cas ARB/quatre-vingt- dix-huit/deux) conformément à ce que dispose l'article cinquante-deux (six) de la Convention CIRDI et la Règle d'arbitrage numéro cinquante- cinq (un). (...)»

NEUVIÈMEMENT. La CESSIONNAIRE assume tous les droits du CÉDANT afin de les faire valoir auprès de toute personne physique ou morale, auprès de toute Autorité, organisme et institution, publique ou privé, dans n'importe quel État, et tout spécialement aux fins de revendiquer le patrimoine, les titres, crédits, droits, indemnisations, de quelque nature que ce soit, qui seraient consécutifs au Décret Suprême numéro cent soixante-cinq, aux Décrets Lois numéros quatre-vingt- treize et mil quatre cent cinquante-cinq , publiés respectivement au Journal Officiel de la République du Chili le dix-sept mars mil neuf-cent

⁴³⁴ V. les §§238(e), 242 *supra*, et la Réplique des Demanderesses du 9 janvier 2015, **pièce C40**, §§52

soixante-quinze, le dix novembre dix-neuf cent soixante-treize et le vingt-deux janvier dix-neuf cent soixante-seize, et de toute autre disposition ou tout autre agissement de fait qui auraient touché les intérêts et droits cédés dans le présent contrat. (...)

ONZIÈMEMENT. *En conséquence la CESSIONNAIRE, en qualité de propriétaire du patrimoine, des titres, droits et crédits, pourra réaliser les démarches nécessaires à leur revendication et à leur possession paisible, sans nécessité d'aucune intervention du CÉDANT, auprès de toute personne physique ou morale, toute Autorité, organisme ou institution, cela dans n'importe quel État. »*⁴³⁵

249. Ladite conclusion au §187 de la SR relative à l'exigence d'identité des parties lorsque le transfert des droit est survenu *lite pendente* est également contraire à celle qui prédomine dans les tribunaux arbitraux en la matière. C'est le cas du Tribunal des affaires *El Paso v. Argentina*⁴³⁶, ou *African Holding v. Democratic Republic of the Congo*⁴³⁷, ou *Wintershall Aktiengesellschaft v. Argentina*⁴³⁸.

Conclusion.

250. En conséquence les §§ 187 et 188 et le 1^{er} point du §256 du Dispositif de la SI doivent être annulés pour les motifs établis à l'article 52(1), lettres b, d, et e, de la Convention.

⁴³⁵ **Pièces C264f et C264e**, contrat de cession de crédits signé par-devant Notaire le 15 mars 2013 entre Monsieur et Mme. Pey

⁴³⁶ **Pièce CL368**, *El Paso Energy v. Argentina*, ICSID Case No. ARB/03/15, Decision on Jurisdiction, 27 Apr. 2006, §135 : "the issue to be discussed here is the alleged lack of ICSID jurisdiction because the investments in question no longer are the Claimant's or, to put it differently, because the latter must retain its investor status during the examination of its international claims. An examination of the relevant texts - the BIT and the ICSID Convention - and of the case-law cited by the Claimant reveal, however, that there is no such rule (above, §§ 125-129). In other words, there is no rule of continuous ownership of the investment. The reason for there not being such a rule in the ICSID/BIT context is that the issues addressed by those instruments are precisely those of confiscation, expropriation and nationalisation of foreign investments. Once the taking has occurred, there is nothing left except the possibility of using the ICSID/BIT mechanism. That purpose would be defeated if continuous ownership were required. Thus the claim continues to exist, i.e. the right to demand compensation for the injury suffered at the hands of the State remains -- unless, of course, it can be shown that it was sold with the investment."

⁴³⁷ **Pièce CL369**, *African Holding v. République Démocratique du Congo*, CIRDI Affaire No. ARB/05/21, Sentence sur les déclinatoires de compétence et la recevabilité, 29 Jul. 2008, §63 : « Le Tribunal conclut de ce fait sur ce point que tous les droits que détenait SAFRICAS ont été cédés à African Holding, en ce compris les créances et le consentement à l'arbitrage étant donné que l'État dont les ressortissants bénéficient du consentement exprimé sous le traité bilatéral d'investissement n'a pas changé. La situation, dans le cas d'espèce, est clairement différente de celle des affaires Mihaly et Banro, dans lesquelles une société canadienne tentait de céder des droits qu'elle n'avait pas. »

⁴³⁸ **Pièce CL370**, *Wintershall Aktiengesellschaft v. Argentina*, ICSID Case No. ARB/04/14, Award, 8 Dec. 2008, §56 : "Bilateral Investment Treaties between Contracting States offer rights and remedies to individuals which they can pursue regardless of the State of which they are nationals. Hence, the Request for Arbitration has been rightly made by the Claimant (Wintershall) – a national of the Federal Republic of Germany – in its own name. It is that claim which has been referred to ICSID Arbitration. If the applicable law so permits – there is nothing to prevent the Claimant (who is a beneficiary under the Argentine – Germany BIT) from voluntarily assigning his/its ICSID Claim to a third party; whether or not that third party be only a partial successor-in-interest of the Claimant. If a claim like the present had been brought before national courts, the latter would have ordinarily permitted a substitution or addition of parties to the proceedings in view of the assignment *pendente lite* of the claim."

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

252. Comme affirme le comité *ad hoc* de l'affaire AMCO I:

[T]he obligation set out in Article 48(3) of the Convention to 'deal with every question submitted to the Tribunal and [to] state the reasons upon which [the award] is based', can find its sanction in Article 52(1)(e) of the Convention. Failure to deal with one or more questions raised by the parties would entail annulment of the award where such omission amounts to 'failure to state reasons upon which [the award] is based' (Article 52[1][e], Convention). Such an omission could, moreover, amount in particular situations to 'a serious departure from a fundamental rule of procedure' (Article 52[1][d]) and to a manifest excess of power (Article 51[1][b])⁴³⁹,

ou le comité *ad hoc* de l'affaire MINE :

The Tribunal either failed to consider them [questions posées par les parties], or it did consider them but thought that Guinea's arguments should be rejected. But that did not free the Tribunal from its duty to give reasons for its rejection as an indispensable component of the statement of reasons on which its conclusion was based⁴⁴⁰,

ou le comité *ad hoc* de l'affaire Soufraki:

[T]he requirement of stating reasons may, as a practical matter, frequently be the only way by which compliance with the fundamental prohibition of manifest excess of powers and with the critical duty to apply the proper law may be observed. The more lucid and explicit the reasons set out by a tribunal, the easier it should be to observe what a tribunal is in fact doing by way of compliance⁴⁴¹,

ou dans la doctrine qualifié le prof. Hanotiau :

Persons other than the formal signatories may be parties to the arbitration agreement by application of the theory of apparent mandate or ostensible authority or because they are third-party beneficiaries, or assignees of the contract containing the clause, or members with the signatories of a general partnership or a community of rights and duties. (..)

Finally, concerns of equity and good administration of justice are not foreign to the decisions of judges and arbitrators. One is occasionally tempted to wonder whether equity is not in some cases the paramount consideration and all the legal theories advanced to justify the final decision, ex post facto creations⁴⁴² [Soulignement ajouté]

⁴³⁹ Pièce C196, Amco I, §32

⁴⁴⁰ Pièce CL313, MINE, §6.101

⁴⁴¹ Pièce CL131, Soufraki, §127

⁴⁴² Pièce CL371, Hanotiau (B): *Who are the Parties to the Contract(s) or to the Arbitration Clause(s) Contained Therein? The Theories Applied by Courts and Arbitral Tribunals*, §12 et 15, dans Complex arbitration, 2005

9. MOTIFS D'ANNULATION RELATIFS À LA COMPOSITION DU TR

253. Compte tenu des faits et des considérations relatives à la SR étayés ci-dessus, le présent Comité *ad hoc* dispose d'éléments qui peuvent l'aider à évaluer le processus de constitution du Tribunal qui a prononcé la SR et ses conséquences sur cette dernière.
254. Dans le présent arbitrage le Tribunal initial a décidé « qu'il appartient au Tribunal arbitral de veiller (...), ou au besoin de trancher, les questions de procédure (cf. les articles 43 et 44 de la Convention de Washington et le Règlement d'arbitrage CIRDI, à l'article 34 et passim). »⁴⁴³ Conformément à ces normes et à cette décision du TI les Demanderesses ont soumis devant le TR la question de procédure à l'origine du présent motif d'annulation de la SR.
255. Comme elles l'ont soutenu dans leur Requête en annulation puis dans leur Mémoire en demande sur l'annulation, les Demanderesses ont identifié deux séries de faits relatifs à la composition du TR qui justifient l'annulation de la SR.
256. Il s'agit en premier lieu de la nomination de M. Mourre en qualité de co-arbitre par la Défenderesse, contraire aux règles de la Convention et du Règlement (9.1), et en second lieu d'un ensemble de faits non révélés par les arbitres Berman et Veeder qui suscitent des doutes raisonnables sur leur indépendance et leur impartialité (9.2).

9.1 Sur la nomination de M. Mourre par la Défenderesse

257. Dans son Counter-Memorial on Annulment, la Défenderesse soutient que les motifs d'annulation de la Sentence de resoumission avancés par les Demanderesses et relatifs à la nomination de M. Mourre par la Défenderesse seraient infondés⁴⁴⁴.
258. En particulier, selon la Défenderesse, le Tribunal de resoumission aurait été correctement constitué⁴⁴⁵, et le traitement par le Tribunal de resoumission des objections des Demanderesses à la nomination de M. Mourre n'ouvrirait pas droit à annulation de la Sentence de resoumission⁴⁴⁶. Par ailleurs, la Défenderesse soutient que les Demanderesses n'auraient pas développé de manière appropriée certains de leurs motifs d'annulation⁴⁴⁷.

⁴⁴³ **Pièce CL402**, Décision du Tribunal arbitral initial joignant la question de compétence au fond de l'affaire, 8 mai 2002

⁴⁴⁴ Counter-Memorial on Annulment, pp. 151-171.

⁴⁴⁵ **Ibid.**, §§ 282 et s.

⁴⁴⁶ **Ibid.**, §§ 297 et s.

⁴⁴⁷ **Ibid.**, §§ 279-280.

259. Contrairement aux allégations de la Défenderesse, les Demanderesses démontreront ci-après que la nomination de M. Mourre par la Défenderesse ouvre droit à annulation de la Sentence de resoumission pour vice dans la constitution du tribunal (9.1.1), excès de pouvoir manifeste (9.1.2), et violation grave d'une règle de procédure fondamentale (9.1.3).
260. Les Demanderesses retirent leur demande d'annulation sur ce fondement pour défaut de motifs.
- 9.1.1 La nomination de M. Mourre par l'État Défendeur est à l'origine d'un vice dans la constitution du Tribunal de Resoumission**
261. Comme les Demanderesses l'ont expliqué dans leur Mémoire en demande, le vice dans la constitution du tribunal, motif d'annulation prévu à l'article 52(1)(a) de la Convention, s'entend tant d'une violation des règles applicables au processus de constitution du tribunal en lui-même, que d'un manquement à certaines qualités que se doivent de posséder les arbitres (exigence relative à leur nationalité, à leur impartialité et leur indépendance vis-à-vis des parties, etc.)⁴⁴⁸.
262. Comme elles l'ont exposé dans leur Requête en annulation⁴⁴⁹ et leur Mémoire en demande⁴⁵⁰, les Demanderesses soutiennent que la Défenderesse n'avait pas la faculté, au stade de la procédure en resoumission, de procéder à la désignation d'un arbitre dès lors (i) qu'elle avait perdu ce droit suite à la démission de l'arbitre Leoro Franco lorsqu'il a appris le projet final de Sentence du Président du Tribunal arbitral, le Professeur Pierre Lalive, après presque huit années de procédure, sans l'assentiment des membres restants du TI, en en augmentant de la sorte la durée et les coûts (ii) que la procédure en resoumission doit être considérée comme le prolongement de la procédure initiale.
263. L'argumentation développée par la Défenderesse dans son *Counter-Memorial* sur l'annulation restreint au minimum les termes de la Convention relatifs à la constitution du tribunal de resoumission (9.1.1.1). Ce faisant, la Défenderesse occulte la sanction attachée à la démission d'un arbitre sans l'assentiment des autres membres du tribunal (9.1.1.2), et nie la nature véritable de la procédure en resoumission (9.1.1.3). Une fois ces clarifications effectuées, il devient patent que le fait pour la Défenderesse d'avoir nommé un arbitre au sein du TR constitue un vice dans la constitution du tribunal qui justifie l'annulation de la Sentence (9.1.1.4).

⁴⁴⁸ **Mémoire en Demande**, §§ 31 et s.

⁴⁴⁹ Requête en annulation, §§ 43 et s.

⁴⁵⁰ **Mémoire en Demande**, §§ 89 et s.

9.1.1.1 L'argumentation de la Défenderesse restreint au minimum les termes de la Convention relatifs à la constitution du TR

264. Pour rappel, la constitution du tribunal de resoumission après annulation d'une sentence est régie par les articles 52(6) de la Convention et 55(2)(d) du Règlement.

265. L'article 52(6) de la Convention stipule :

"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"⁴⁵¹.

266. Par ailleurs, l'article 55(2)(d) précise que :

"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"⁴⁵².

267. L'argumentation développée par la Défenderesse a pour but d'exclure toute application de l'article 56(3) de la Convention relatif aux conséquences de la démission d'un arbitre sans l'assentiment des membres restants du Tribunal.

268. L'article 56(3) de la Convention précise en effet que :

"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"⁴⁵³.

269. Pour ce faire, la Défenderesse procède à une dénaturation des articles 52(6) de la Convention (**a**), et 55(2)(d) du Règlement (**b**).

(a) La Défenderesse dénature le sens et la portée de l'article 52(6) de la Convention

270. Dans son *Counter-Memorial* sur l'annulation, la Défenderesse interprète l'article 52(6) de la Convention de façon à en restreindre le sens et la portée.

271. En premier lieu, la Défenderesse soutient que l'article 52(6) de la Convention établirait une ligne de démarcation claire entre le tribunal de la procédure initiale,

⁴⁵¹ Article 52(6) de la Convention.

⁴⁵² Article 55(2)(d) du Règlement.

⁴⁵³ Article 56(3) de la Convention.

d'une part, et le tribunal de la procédure en resoumission, d'autre part, ce que traduirait l'emploi de l'expression "*nouveau tribunal*" au sein de l'article 52(6)⁴⁵⁴.

272. Les Demanderesses ne peuvent souscrire à cette interprétation.
273. Elles considèrent que l'article 52 de la Convention, qui prévoit les modalités d'ouverture du recours en annulation, doit être replacé dans son contexte, c'est-à-dire la Section 5 de la Convention intitulée "*De l'interprétation, de la révision et de l'annulation de la Sentence*".
274. Cette section détaille les recours pouvant être engagés après la reddition d'une sentence : le recours en interprétation (article 50), le recours en révision (article 51), et le recours en annulation (article 52). Ces trois recours sont soumis à des modalités différentes. Ainsi, là où les recours en interprétation et en révision sont en principe portés devant le "*tribunal ayant statué*"⁴⁵⁵, le recours en annulation est porté devant un comité *ad hoc*⁴⁵⁶.
275. Dans ce contexte, la référence à un "*nouveau tribunal*" au sein de l'article 52(6) doit s'entendre comme une volonté des rédacteurs de la Convention de préciser l'organe devant lequel peut être soumis à nouveau le différend, dans l'hypothèse d'une annulation de la sentence. Le "*nouveau tribunal*" auquel fait référence l'article 52(6) s'oppose donc, sur le plan organique, au "*tribunal ayant statué*" des articles 50 et 51 de la Convention.
276. L'utilisation des termes "*nouveau tribunal*" au sein de l'article 52(6) ne suggère pas pour autant que les conséquences d'un incident tel que celui de l'espèce, où l'arbitre nommé par le Chili a brisé le secret du délibéré frustrant la procédure et affectant la constitution du tribunal au cours de la procédure initial, ne devraient pas continuer à produire leur effet dans la poursuite de la même procédure -dont la seule mission était de fixer le montant de la compensation que l'État du Chili devait verser aux investisseurs demandeurs conformément à la partie *res iudicata* de la SI.
277. En second lieu, la Défenderesse suggère que, puisque l'article 52(6) ne fait référence qu'à la section 2 du chapitre IV de la Convention, il n'y aurait pas lieu de prendre en compte l'article 56(3) de la Convention et les conséquences d'une démission d'un arbitre sans l'assentiment des membres restant du tribunal initial.
278. Une telle conclusion ne peut être tirée de la lettre de l'article 52(6), qui n'exclut pas par principe l'application d'autres dispositions de la Convention ou du Règlement lors de la constitution du tribunal de resoumission.
279. Ainsi qu'il sera démontré ci-après, les dispositions de l'article 55(2)(d) du Règlement, qui prévoient la constitution d'un tribunal "*composé du même nombre d'arbitres*,

⁴⁵⁴ Counter-Memorial on Annulment, § 299.

⁴⁵⁵ Articles 50 et 51 de la Convention.

⁴⁵⁶ Article 52 de la Convention.

nommés de la même manière, que pour le Tribunal initial", permettent de prendre en compte, au cas d'espèce, les conséquences de l'application de l'article 56(3) de la Convention au cours de la procédure initiale.

280. L'interprétation que fait la Défenderesse de l'article 52(6) de la Convention n'est donc pas fondée. Il en va de même pour l'interprétation qu'elle fait de l'article 55(2)(d) du Règlement.

(b) La Défenderesse dénature le sens et la portée de l'article 55(2)(d) du Règlement

281. La Défenderesse s'oppose ensuite à l'interprétation des termes "tribunal initial" de l'article 55(2)(d) du Règlement proposée par les Demanderesses, laquelle s'appuie sur une comparaison des termes précités avec des termes similaires ou identiques utilisés à d'autres endroits de la Convention, notamment au sein des articles 50 et 51 de la Convention et 51 du Règlement⁴⁵⁷.
282. Selon la Défenderesse, la comparaison avec les dispositions relatives au recours en interprétation et au recours en révision ne se justifierait pas, étant donné que *"resubmission is a different remedy from interpretation or revision"*⁴⁵⁸.
283. Les Demanderesses maintiennent que l'interprétation qu'elles proposent est bien fondée, et qu'elle est conforme aux règles coutumières d'interprétation des traités telles que formulées aux articles 31 et suivants de la Convention de Vienne sur le droit des traités du 23 mai 1969, qu'ont ratifiés le Royaume d'Espagne et la République du Chili⁴⁵⁹.
284. En particulier, l'article 31(1) de la Convention de Vienne stipule que "[u]n traité doit être interprété 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"⁴⁶⁰.
285. Or, comme l'explique un auteur au sujet de la prise en compte du contexte des termes soumis à interprétation, "[t]he terms of a treaty should not be interpreted in the abstract or as if they were contained in a vacuum. They draw meaning from other provisions in the treaty and other sources or materials outside the treaty"⁴⁶¹.
286. Dans cette perspective, l'auteur relève que de nombreux tribunaux arbitraux statuant en matière de droit des investissements ont eu recours, dans leur détermination du

⁴⁵⁷ Mémoire en Demande, §§ 93 et s.

⁴⁵⁸ Counter-Memorial on Annulment, § 294.

⁴⁵⁹ Le Chili a ratifié la Convention de Vienne le 9 avril 1981, et l'Espagne le 16 mai 1972, v. <https://bit.ly/2JJg71l>

⁴⁶⁰ Article 31 de la Convention de Vienne sur le droit des traités.

⁴⁶¹ **Pièce CL386**, Weeramantry (R.), *Treaty Interpretation in Investment Arbitration*, OUP, 1st Ed., 2012, § 3.52.

contexte pertinent, à d'autres articles du même traité, ou à l'utilisation de termes similaires ou identiques dans d'autres articles du même traité⁴⁶².

287. Comme les Demanderesses l'ont expliqué ci-avant, les articles 50 (recours en interprétation) et 51 (recours en révision) de la Convention sont situés dans la même section que l'article 52 (recours en annulation). Dès lors, la comparaison et la prise en compte, à titre d'élément de contexte, de l'utilisation de termes similaires ou identiques à ceux interprétés dans chacun de ces articles, ainsi que dans les dispositions du Règlement qui en précisent l'application est justifiée.
288. Les Demanderesses maintiennent donc que, dans le contexte qui est le leur, les termes "tribunal initial" utilisés au sein de l'article 55(2)(d) doivent être compris comme faisant référence au tribunal ayant rendu la sentence objet de la procédure d'annulation, c'est-à-dire, en l'espèce, la Sentence initiale⁴⁶³.
289. Dès lors, la formulation de l'article 55(2)(d) du Règlement suggère qu'il est possible de prendre en compte au stade de la désignation du tribunal de resoumission les conséquences des incidents qui auraient affecté la constitution du tribunal au cours de la procédure initiale, afin de constituer un nouveau tribunal "*composé du même nombre d'arbitres, nommés de la même manière, que pour le Tribunal initial*" (soulignement ajouté).
290. En définitive, la formulation des articles 52(6) de la Convention et 55(2)(d) du Règlement n'exclue pas la prise en compte, au stade de la constitution du tribunal de resoumission, des conséquences de la démission d'un arbitre sans l'assentiment des membres restant du tribunal au cours de la procédure initiale.
291. Bien plus, la sanction attachée à ce type d'événement, de même que la nature de la procédure de resoumission, aurait dû amener le Centre et le Tribunal à tenir compte de ces conséquences.
- 9.1.1.2 L'argumentation de la Défenderesse fait abstraction de la sanction attachée à la démission de l'arbitre nommé par le Chili sans l'accord des autres membres du Tribunal.**
292. Les circonstances de la démission de l'arbitre Leoro Franco au cours de la procédure initiale ont été exposées en détail par les Demanderesses dans leurs écritures antérieures, auxquelles le présent Comité *ad hoc* est prié de ses référer⁴⁶⁴.
293. Par ailleurs, les Demanderesses ont déjà expliqué qu'en cas de démission d'un arbitre sans l'assentiment des arbitres restants, la partie ayant initialement nommé l'arbitre

⁴⁶² *Ibid.*, § 3.54: "Interpretations of treaty terms by FIATs [Foreign Investment Arbitral Tribunal] have been influenced by the context provided by: (...) (c) other articles in the treaty; (d) the use of an identical or similar term in other articles of the treaty (...)".

⁴⁶³ Le présent Comité *ad hoc* est prié de se référer aux §§ 93 et s. du Mémoire en demande (**pièce C8**) pour un exposé complet de la position des Demanderesses sur ce point précis.

⁴⁶⁴ Requête en annulation, §§ 48-53.

démissionnaire perd le droit de lui choisir un remplaçant⁴⁶⁵. En effet, dans ce cas de figure, le Président du Conseil administratif est chargé de pourvoir à la vacance au sein du tribunal.

294. L'article 56(3) de la Convention dispose ainsi que :

"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"⁴⁶⁶.

295. Cet article est complété par l'article 11 du Règlement, au terme duquel :

"(1) Sous réserve des dispositions du paragraphe (2), une vacance résultant de la récusation, du décès, de l'incapacité ou de la démission d'un arbitre est remplie sans délai, selon les modalités adoptées pour procéder à la nomination dudit arbitre.

(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 ; ou

(b) toute autre vacance, à la demande de l'une ou l'autre des parties, si aucune nouvelle nomination n'est faite et acceptée dans le délai de 45 jours après notification de la vacance par le Secrétaire général" (nous soulignons)⁴⁶⁷.

296. Ainsi que l'explique le Pr. Schreuer, citant Aaron Broches, l'absence d'assentiment des membres restants du tribunal laisse supposer que la partie ayant initialement nommé l'arbitre démissionnaire n'est pas étrangère à la démission en cause :

*"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 the words of A. Broches "[t]his provision reflects the suspicion that the party [that made the original appointment] may not be a stranger to the resignation"*⁴⁶⁸.

297. Une démission intervenant dans ces circonstances est sanctionnée par la perte, pour la partie ayant initialement nommé l'arbitre démissionnaire, du droit à nommer un nouvel arbitre :

⁴⁶⁵ Mémoire en Demande, §§ 103 et s.

⁴⁶⁶ Article 56(3) de la Convention.

⁴⁶⁷ Article 11 du Règlement.

⁴⁶⁸ **Pièce CL387**, C. Schreuer, "Article 56", § 35, p. 1194, in *The ICSID Convention, a commentary*, Cambridge University Press, 2009.

"In other words, the party who made the original appointment loses the right to appoint a replacement"⁴⁶⁹.

298. Cette procédure particulière, et la sanction qui y est assortie, vise à décourager toute situation de collusion entre une partie et l'arbitre nommée par elle :

*"By attaching a sanction to an unjustified resignation, it [Art. 56(3)] discourages any attempts, made for whatever reason, to withdraw a member of a commission or tribunal. In doing so, it serves not only the principle of non-frustration and expediency but also the principle of the immutability of the commission or tribunal (...)"*⁴⁷⁰.

299. Au cas d'espèce, la démission de M. Franco, sans l'accord de MM. Lalive et Bedjaoui, au cours de la procédure initiale, s'est donc traduite par la perte du droit pour la Défenderesse de nommer un nouvel arbitre pour lui suppléer.
300. Il sera démontré ci-après que cette sanction aurait dû être prise en compte au moment de la désignation du TR, compte-tenu du fait que la procédure en resoumission constitue le prolongement de la procédure initiale⁴⁷¹, et que la nomination des arbitres y prenant part doit s'effectuer *"de la même manière que pour le tribunal original"* au terme de l'article 55(2)(d) du Règlement⁴⁷², norme spéciale.
301. Contrairement à ce que soutient la Défenderesse, la prise en compte, au stade de la composition du TR, de cette sanction, n'aurait pas porté atteinte à son droit de nommer un arbitre, dans la mesure où il s'agit simplement de faire perdurer une sanction découlant des circonstances de la démission d'un arbitre auxquelles la Défenderesse a personnellement concouru⁴⁷³.
302. Dès lors, l'application des articles 52(6) de la Convention et 55(2)(d) du Règlement auraient dû conduire le Tribunal à refuser au Chili le droit de nommer un arbitre, et de faire en sorte que le Président du Conseil administratif procède à cette nomination.

9.1.1.3 La Défenderesse se méprend sur la nature de la procédure en resoumission

303. Dans son Contre-Mémoire en demande sur l'annulation, la Défenderesse suggère que la procédure en resoumission serait une nouvelle procédure dotée d'un nouveau tribunal⁴⁷⁴, raison pour laquelle il n'y aurait pas lieu d'appliquer à la Défenderesse la sanction exposée ci-avant.
304. Cet argument témoigne d'une méprise sur la nature de la procédure de resoumission.

⁴⁶⁹ *Ibid.*, C. Schreuer, "Article 56", § 41, p. 1195, in *The ICSID Convention, a commentary*, Cambridge University Press, 2009.

⁴⁷⁰ *Ibid.*, § 37, p. 1195

⁴⁷¹ *Supra* § 33, et *infra* §307, 311, 330

⁴⁷² *Supra*, §§ 264 et ss.

⁴⁷³ Requête en annulation, §§ 48 et s.

⁴⁷⁴ Counter-Memorial on Annulment, § 289.

305. Ainsi que l'avait déjà souligné le tribunal de resoumission dans l'affaire *Amco* dans sa décision sur la compétence :

"Article 52 is not a provision for starting a totally new arbitration, restricted only by the requirements of Article 25. Rather, it is a procedure for resubmission of an existing dispute in respect of which Article 25 jurisdiction exists" (nous soulignons)⁴⁷⁵.

306. C'est particulièrement le cas lorsque, comme au cas d'espèce, la procédure de resoumission fait suite à l'annulation partielle d'une sentence, le différend soumis au tribunal de nouvel examen étant par nature limité, et celui-ci devant composer avec l'autorité de chose jugée attachée aux parties non annulées de la sentence initiale⁴⁷⁶.
307. C'est pour cette raison que le tribunal de resoumission a souligné sans ambiguïté que "[p]our le Tribunal, il est clair que la présente instance est le prolongement de l'arbitrage initial (...)"⁴⁷⁷.
308. La nature spécifique de cette procédure de resoumission, "*prolongement de l'arbitrage initial*"⁴⁷⁸, justifiait dès lors que les conséquences de la démission non consentie de l'arbitre nommé par le Chili perdurent, et qu'il soit considéré que la Défenderesse avait perdu le droit de nommer un arbitre.
309. De cette interprétation, couplée à la nature spécifique de la procédure de resoumission ainsi qu'aux conséquences de la démission de M. Franco dans les circonstances rappelées ci-avant, découle le fait que la Défenderesse ne pouvait procéder à la désignation d'un arbitre lors de la constitution du Tribunal de resoumission.

9.1.1.4 La désignation d'un arbitre par la Défenderesse constitue un vice dans le processus de constitution du Tribunal

310. Il découle des développements qui précèdent que :

- (i) Au terme de l'article 55(2)(d) du Règlement, le Tribunal de resoumission devait être composé d'arbitres nommés "*de la même manière que le tribunal initial*" ;
- (ii) Le "tribunal initial" dont il est ici question s'entend du tribunal ayant rendu la Sentence initiale, composé de MM. Lalive (Président), Chemloul et Gaillard;
- (iii) Le Chili avait perdu le droit de nommer un arbitre suite à la démission de M. Franco au cours de la procédure initiale ;

⁴⁷⁵ **Pièce CL294**, *Amco c. Indonésie (Procédure de nouvel examen)*, Affaire CIRDI No. ARB/81/1, Décision sur la compétence, 10 mai 1988, para 133.

⁴⁷⁶ Article 55(3) du Règlement.

⁴⁷⁷ Sentence en resoumission, § 188.

⁴⁷⁸ *Ibid.*

(iv) Cette sanction perdurait au cours de la procédure de resoumission compte tenu de ce qu'elle constitue "*le prolongement de la procédure initiale*".

311. Dans ces conditions, le Centre et, par extension, le Tribunal, auraient dû prendre en compte, au moment de la constitution du tribunal de resoumission, le fait que la Défenderesse avait perdu le droit de nommer un arbitre suite à la démission de M. Franco au cours de la procédure initiale avec la réprobation du Tribunal initial.
312. Le fait d'avoir autorisé la Défenderesse à procéder à la nomination d'un arbitre en la personne de M. Mourre affecte la constitution du TR d'un vice au sens de l'article 52(1)(a) de la Convention.
313. Pour cette raison, l'annulation de la Sentence est justifiée.

9.1.2 Le refus du Tribunal de réagir à la nomination de M. Mourre par la Défenderesse constitue un excès de pouvoir manifeste

314. Comme les Demanderesses l'ont expliqué dans leur Mémoire en demande, une fois le Tribunal constitué, elles se sont adressées à lui pour trancher la question de procédure surgie avec la nomination par la Défenderesse d'un arbitre alors qu'elle avait perdu le droit de procéder à la nomination d'un arbitre⁴⁷⁹.
315. À chaque fois, il lui a été suggéré de déposer une demande de récusation sur le fondement de l'article 57 de la Convention. Le motif d'annulation propre à cette suggestion sera étudié ci-après.
316. Le refus du Tribunal de ne pas décider la question relative à la nomination de cet arbitre constitue un excès de pouvoir manifeste.
317. L'excès de pouvoir au sens de l'article 52(1)(b) s'entend du tribunal qui exerce un pouvoir qu'il n'a pas, ou qui refuse indûment d'exercer un pouvoir qui est le sien⁴⁸⁰.
318. Pour ouvrir droit à annulation, l'excès de pouvoir en question doit être manifeste, ce que la doctrine comme les comités *ad hoc* ayant précédemment statué sous l'égide du CIRDI ont interprété comme signifiant tout à la fois évident, discernable sans effort, et sérieux, grave⁴⁸¹.
319. Pour reprendre la syntehèse effectuée par le comité *ad hoc* dans l'affaire Soufraki, "[i]t seems to this Committee that a manifest excess of power implies that the excess of power should at once be textually obvious and substantively serious"⁴⁸².

⁴⁷⁹ **Mémoire en Demande**, §§ 116 et s.

⁴⁸⁰ **Ibid.**, §§ 37 et s.

⁴⁸¹ **Ibid.**, §§ 52 et s.

⁴⁸² **Pièce C131**, *Hussein Nuaman Soufraki c. Émirats Arabes Unis* (Affaire CIRDI ARB/02/7), Décision du comité *ad hoc* sur la Demande en annulation de M. Soufraki, 5 juin 2007, § 40.

320. Les Demanderesses soutiennent que la décision du TR de ne pas trancher par la voie de l'article 44 de la Convention la question relative à la nomination irrégulière de l'un des arbitres, et d'exiger des Demanderesses qu'elles aient recours à la procédure de l'article 57 de la Convention, non applicable en l'espèce⁴⁸³, constitue un tel excès de pouvoir manifeste.
321. En effet, devant l'inapplicabilité de l'article 57 de la Convention, le Tribunal disposait de la possibilité de fixer ses propres règles pour traiter au mieux la question en application de l'article 44 de la Convention.
322. Par ailleurs, la décision du Tribunal de ne faire droit au traitement de la question qui lui avait été posée par la voie de l'article 44 constitue, en l'espèce, une violation de l'autorité de la chose jugée de la Sentence initiale.
323. Comme elles l'ont exposé dans leur Requête en annulation⁴⁸⁴, le Tribunal initial a rappelé, aux paragraphes 34 à 37 de la Sentence initiale, les circonstances manifestement troubles et le *tempus suspectus* de la démission de l'arbitre Leoro Franco :

"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.

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. A 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) 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.

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

⁴⁸³ *Infra*, §§ 334 et s.

⁴⁸⁴ Requête en annulation, § 52.

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. Le doute subsiste seulement sur la question de savoir qui en a pris l'initiative mais il n'incombe pas au présent Tribunal arbitral de se prononcer à ce sujet, malgré les protestations et demandes présentées au CIRDI par les demanderesses"⁴⁸⁵.

324. Pour justifier sa décision, aux points 5 à 7 du dispositif, de condamner la Défenderesse à supporter une partie importante des frais de conseil des Demanderesses et des frais de procédure, la Tribunal initial explique au paragraphe 729 de la Sentence initiale que :

"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" (nous soulignons)⁴⁸⁶.

325. Comme les Demanderesses l'ont expliqué dans leur mémoire en demande, l'autorité de chose jugée d'une sentence arbitrale s'étend non seulement aux termes de son dispositif, mais également aux développements qui, dans la motivation de la Sentence, en constituent le soutien nécessaire⁴⁸⁷.
326. Dans son *Counter-Memorial*, sans pour autant marquer de désaccord avec cette position de principe⁴⁸⁸, la Défenderesse déforme l'argumentation des Demanderesses pour soutenir que "*Claimants have not adduced any support for the notion that every single word of an un-annulled ICSID award has the force of res judicata*"⁴⁸⁹.
327. Ce n'est pas ce que les Demanderesses ont soutenu. Elles se sont contenté d'exposer le fondement de la règle rappelée ci-avant, et de souligner le fait que le 1^{er} Comité *ad hoc* lui-même avait décidé au point 4 du dispositif de sa Décision que "[le Comité]

⁴⁸⁵ Pièce C2, SI, §§ 35-37.

⁴⁸⁶ *Ibid.*, § 729.

⁴⁸⁷ Mémoire en Demande, §§ 271 et s.

⁴⁸⁸ Counter-Memorial on Annulment, § 308: "[a]ccordingly, the force of res judicata only attaches to final decisions (and the supporting reasoning thereof), on questions that the parties had put in issue".

⁴⁸⁹ Counter-Memorial on Annulment, § 308.

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"⁴⁹⁰.

328. Dès lors, et contrairement à ce que soutient la Défenderesse⁴⁹¹, les Demanderesses considèrent que les paragraphes 34 à 37 de la SI sont revêtus de l'autorité de chose jugée dans la mesure où ils constituent le soutien nécessaire, avec le paragraphe 729, des décisions prises aux points 5 à 7 du dispositif de la SI et, en outre, du rejet explicite du 1^{er} Comité *ad hoc* aux prétentions de l'État en vue de « couvrir » le coup de force de 2005 et 2006.⁴⁹²
329. Par ailleurs, la tentative de la Défenderesse de contourner cet obstacle en opérant un dépeçage de la *res judicata* de la Sentence initiale, et en limitant la portée de celle attachée aux paragraphes 34 à 37 de la Sentence initiale aux seules questions de frais de la procédure est vouée à l'échec⁴⁹³. La démission de M. Franco fait partie intégrante du coup de force de l'État du Chili qui a renversé le Tribunal régulièrement constitué à la veille d'une décision capitale dans laquelle le Tribunal et les parties avaient investi plus de sept années de leurs temps vital respectif -limité pour M. Victor Pey, illimité pour l'État Défendeur.
330. Dans la mesure où c'est le même différend qui est soumis au TR, il ne peut y avoir de doute sur le fait que l'ensemble des questions de droit et de fait tranchées dans la SI et qui n'auraient pas été annulées par le 1^{er} Comité *ad hoc* s'imposent au TR. En effet, puisque la procédure de resoumission constitue le prolongement de la procédure initiale, il est patent que les conditions de mise en œuvre de l'autorité de chose jugée - identité de parties, d'objet et de cause du différend - sont remplies.
331. En refusant de donner effet aux conclusions de la SI revêtues de l'autorité de chose jugée, et en refusant d'exercer les pouvoirs qu'il tire de la Convention concernant la conduite de la procédure, le TR a donc commis une excès de pouvoir au sens de l'article 52(1)(b).
332. Il résulte de la démonstration, simple, que les Demanderesses ont effectuées dans leurs écritures⁴⁹⁴, et qu'elles ont reprises de manière synthétique ci-dessus, que cet excès de pouvoir est manifeste, en ce qu'il est évident, facilement discernable.
333. Il est également sérieux, dans la mesure où la négation de l'autorité de chose jugée de la SI par le TR, de même que le refus d'exercer les pouvoirs qui sont les siens, a cristallisé la nomination irrégulière d'un arbitre par la Défenderesse.
334. Dans ces conditions, l'annulation de la SR est justifiée.

⁴⁹⁰ Décision du 1^{er} Comité *ad hoc*, § 359, point 4.

⁴⁹¹ Counter-Memorial on Annulment, §§ 307-309.

⁴⁹² Décision du 1^{er} Comité *ad hoc*, paras 24, 334-337, et **pièce C346** (lettre des Demanderesses à Mr. Paul Wolfowitz, Président du Conseil administratif du CIRDI)

⁴⁹³ Counter-Memorial on Annulment, § 309.

⁴⁹⁴ Mémoire en Demande, §§ 120-122.

9.1.3 Le fait d'avoir imposé aux Demanderesses le recours à la procédure de l'article 57 de la Convention constitue l'inobservation grave d'une règle de procédure fondamentale

335. Comme les Demanderesses l'ont expliqué dans leurs écritures antérieures⁴⁹⁵, le Tribunal a refusé la demande des Demanderesses de voir le Tribunal arbitral trancher la question de procédure soulevée conformément l'article 44 de la Convention aussitôt la nomination d'un arbitre par le Chili a été communiquée aux autres parties, et il les a incité à recourir à la procédure prévue à l'article 57 de la Convention.
336. Les Demanderesses voient dans cette décision du Centre et du Tribunal l'inobservation grave d'une règle de procédure fondamentale au sens de l'article 52(1)(d) de la Convention.
337. Comme les Demanderesses l'ont exposé dans leur Mémoire en demande, le motif d'annulation prévu à l'article 52(1)(d) de la Convention nécessite, pour être admis, (i) le manquement à une règle de procédure fondamentale, (ii) et que ce manquement soit grave⁴⁹⁶.
338. En l'espèce, il y a lieu de souligner que la procédure de l'article 57 de la Convention n'était pas applicable, comme les Demanderesses l'ont indiqué au Tribunal⁴⁹⁷.
339. En effet, l'article 57 de la Convention stipule :
- "Une partie peut demander à la Commission ou au Tribunal la récusation d'un de ses membres pour tout motif impliquant un défaut manifeste des qualités requises par l'article 14, alinéa (1). 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"⁴⁹⁸.
340. En l'espèce, le souhait des Demanderesses de voir le Tribunal trancher cette question de procédure ne visait ni les qualités requises par l'article 14(1) de la Convention (stature morale, compétence technique, indépendance), ni les conditions de la section 2 du chapitre IV (qui se résument essentiellement à la condition de nationalité prévue à l'article 39 de la Convention), mais le fait qu'il avait été nommé par une partie ne disposant pas de la faculté de le faire.
341. Dès lors, en imposant aux Demanderesses d'avoir recours à une procédure inapplicable pour trancher la question de procédure relative à la nomination de ce troisième arbitre le Tribunal a manqué aux règles du procès équitable.

⁴⁹⁵ Requête en annulation, §§ 75 et s. ; Mémoire en Demande, §§ 116 et s.

⁴⁹⁶ Mémoire en Demande, §§ 58 et s.

⁴⁹⁷ Requête en annulation, §§ 75 et s. ; Mémoire en Demande, §§ 116 et s.

⁴⁹⁸ Article 57 de la Convention.

342. Cette violation est grave, dans la mesure où, comme il a été démontré ci-avant, elle a permis *in fine* à une partie de nommer un arbitre de manière irrégulière.

343. Dans ces conditions, l'annulation de la Sentence de resoumission est justifiée.

9.2 Sur les liens non révélés entre des membres des Essex Court Chambers et la Défenderesse

344. Dans son *Counter-Memorial*, la Défenderesse soutient principalement que les Demanderesses auraient renoncé à leur droit de former une objection relative au conflit objectif apparent d'intérêts entre l'État du Chili et les arbitres Veeder et Berman⁴⁹⁹, et qu'elles chercheraient en réalité à faire appel de la Première Décision sur la demande de récusation des arbitres Berman et Veeder du 21 février 2017⁵⁰⁰.

345. Il n'en est rien, ainsi qu'il sera démontré ci-après.

346. En premier lieu, il convient de rappeler que, comme les Demanderesses l'ont déjà démontré dans leurs écritures antérieures⁵⁰¹, le présent Comité *ad hoc* est compétent pour connaître, à ce stade de la procédure, des doutes sur l'indépendance et l'impartialité de MM. Berman et Veeder, nonobstant la décision du Président du Conseil administratif du CIRDI du 21 février 2017 (9.2.1).

347. En deuxième lieu, la décision du Président du Conseil administratif du CIRDI du 21 février 2017 est manifestement intenable et déraisonnable, et les Demanderesses n'ont pas renoncé à ou perdu leur droit à soulever une objection relative au conflit objectif apparent d'intérêts entre l'État du Chili et MM. Berman et Veeder (9.2.2).

348. En troisième lieu, des éléments de faits significatifs survenus après la reddition de la décision du Président du Conseil administratif du CIRDI du 21 février 2017 ont modifié de manière substantielle le contexte factuel dans laquelle cette décision a été prise, ce qui justifie de s'écarter des conclusions y exposées sur la recevabilité de la demande de récusation des Demanderesses (9.2.3).

349. En quatrième lieu, il existe en l'espèce un doute raisonnable sur l'indépendance et l'impartialité des arbitres Berman et Veeder, qui, du fait de son impact sur la Sentence, justifie l'annulation de celle-ci sur le fondement des articles 52(1)(a) et 52(1)(d) de la Convention (9.2.4).

⁴⁹⁹ Counter-Memorial on Annulment, §§ 314 et s.

⁵⁰⁰ Ibid., §§ 326 et s.

⁵⁰¹ Mémoire en Demande, §§ 130 et s.

9.2.1 Sur la compétence du présent Comité *ad hoc* pour connaître du conflit objectif apparent d'intérêts entre l'État du Chili et MM. Berman et Veeder

350. Comme les Demanderesses l'ont expliqué dans leurs écritures antérieures, le Comité *ad hoc* est compétent pour apprécier *de novo* la question de l'indépendance et de l'impartialité de MM. Berman et Veeder⁵⁰².
351. Pour s'opposer à la réalisation de l'office du présent Comité, la Défenderesse soutient en premier lieu que "*the ICSID Convention does not offer any avenue for appealing the Challenge Decision*"⁵⁰³. Les Demanderesses conviennent que en principe les décisions rendues en application de l'article 58 de la Convention par, selon le cas, les membres restants du tribunal arbitral ou le Président du Conseil administratif du Centre ne sont pas susceptibles d'appel.
352. Cependant, tel n'est pas le recours que sollicitent les Demanderesses en l'espèce. En effet, celles-ci sollicitent seulement du présent Comité qu'il exerce pleinement les pouvoirs qui sont les siens au titre de la Convention pour remplir son rôle de garant de l'intégrité de la procédure⁵⁰⁴.
353. A cet égard, il convient de souligner que la référence faite par la Défenderesse à la décision du comité *ad hoc* dans l'affaire *Azurix*, au terme de laquelle "*a committee cannot decide for itself whether or not [a challenge] decision under Article 58 was correct, as this would be tantamount to an appeal against such a decision*" a été critiquée par d'autres comités comme étant excessivement restrictive et ne leur permettant pas de remplir pleinement leur office.
354. C'est le cas, tout d'abord, du comité *ad hoc* dans l'affaire *EDF International et al. c. Argentine*⁵⁰⁵.
355. Ainsi, ayant relevé que "*the ICSID Convention also establishes the *ad hoc* committee as the guardian of the integrity of the arbitral procedure*"⁵⁰⁶ et que "*the independence and impartiality of the members of the tribunal is a matter which goes to the very heart of the integrity of the arbitral procedure*"⁵⁰⁷, le comité *ad hoc* dans l'affaire *EDF International et al. c. Argentine* a rejeté l'approche suivie par le comité *ad hoc* dans l'affaire *Azurix*, en relevant que :

"The Committee considers that the second consideration must lead it to reject the approach taken by the Azurix Committee, namely that an ad hoc committee

⁵⁰² Mémoire en Demande, §§ 130 et s.

⁵⁰³ Counter-Memorial on Annulment, § 328.

⁵⁰⁴ Mémoire en Demande, §§ 26 et s.

⁵⁰⁵ **Pièce C103**, *EDF International S.A., SAUR International S.A., León Participaciones Argentinas S.A. c. République d'Argentine*, Affaire CIRDI n° ARB/03/23, Décision sur l'annulation, 5 février 2016.

⁵⁰⁶ **Ibid.**, *EDF International S.A., SAUR International S.A., León Participaciones Argentinas S.A. c. République d'Argentine*, Affaire CIRDI n° ARB/03/23, Décision sur l'annulation, 5 février 2016, § 140.

⁵⁰⁷ **Ibid.**, *EDF International S.A., SAUR International S.A., León Participaciones Argentinas S.A. c. République d'Argentine*, Affaire CIRDI n° ARB/03/23, Décision sur l'annulation, 5 février 2016, § 140.

has no role in respect of a challenge to an arbitrator which had been considered by the remaining members of the tribunal under Articles 57 and 58 of the Convention beyond examining whether there had been a serious departure from a fundamental rule of procedure in the manner in which the remaining members had dealt with the proposal for disqualification. The Committee considers that such an approach is incompatible with the duty of an ad hoc committee to safeguard the integrity of the arbitral procedure"⁵⁰⁸.

356. C'est également le cas du comité *ad hoc* dans l'affaire *Suez et al. c. Argentine* qui, pour des raisons similaires, a considéré que :

"If the Committee were to follow the approach taken by the Azurix committee, its analysis would be a fairly short exercise given that neither Party in the present case has claimed that the Decision on Disqualification was made in violation of the procedure prescribed in Articles 57 and 58 of the ICSID Convention. In the Committee's view, however, this approach would not be consistent with the conclusion drawn in the interpretative exercise above and in particular with the purpose of annulment proceedings and thus the duty of an ad hoc committee to safeguard the integrity of the arbitration proceedings. 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""⁵⁰⁹.

357. L'approche suivie par le comité *ad hoc* dans l'affaire *Azurix*, et que revendique la Défenderesse, n'a donc pas lieu d'être, et les Demanderesses invitent le Comité *ad hoc* à s'inspirer des approches retenues par les comités dans les affaires *EDF International et al. c. Argentine* et *Suez et al. c. Argentine*.
358. Ces approches, exposées en détail par les Demanderesses dans leurs écritures antérieures⁵¹⁰, peuvent être résumées en trois points, comme suit.
359. En premier lieu, lorsqu'aucune demande de récusation n'a été formulée par les parties au cours de la procédure et que le comité *ad hoc* est le premier à se prononcer sur la question de l'absence d'indépendance et d'impartialité de l'arbitre, il appartient à celui-ci d'approcher la question qui lui soumise *de novo* :

"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

⁵⁰⁸ *Ibid.*, § 141.

⁵⁰⁹ **Pièce C109**, *Suez, Sociedad General de Aguas de Barcelona, S.A. and Vivendi Universal, S.A. v. Argentine Republic*, Affaire CIRDI No. ARB/03/19, Décision sur la requête en annulation de la République d'Argentine, 5 mai 2017, § 90.

⁵¹⁰ Mémoire en Demande, §§ 130 et s.

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"⁵¹¹.

360. En deuxième lieu, en présence d'une décision antérieure prise par les membres restants d'un tribunal ou le Président du Conseil administratif du Centre sur la récusation d'un arbitre en application de l'article 58 de la Convention, il appartient au comité *ad hoc* de contrôler le caractère intenable ou manifestement déraisonnable de celle-ci :

"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"⁵¹².

⁵¹¹ **Pièce C103**, *EDF International S.A., SAUR International S.A. , León Participaciones Argentinas S.A. c. République d'Argentine*, Affaire CIRDI n° ARB/03/23, Décision sur l'annulation, 5 février 2016, § 136.

⁵¹² **Ibid.**, § 145 ; **Pièce C109**, *Suez, Sociedad General de Aguas de Barcelona, S.A. and Vivendi Universal, S.A. v. Argentine Republic*, Affaire CIRDI No. ARB/03/19, Décision sur la requête en annulation de la République d'Argentine, 5 mai 2017, § 70.

361. En troisième lieu, le comité peut également entreprendre une revue *de novo* de l'objection à l'indépendance et l'impartialité de l'arbitre qui lui est soumise, en présence d'une décision antérieure prise par les membres restants d'un tribunal ou le Président du Conseil administratif du Centre en application de l'article 58 de la Convention, si le contexte factuel dans lequel ladite décision a été prise a significativement évolué⁵¹³.
362. A ce stade, il convient de rappeler que le contexte procédural de la présente affaire est différent de celui auquel ont été confrontés les comités dans les affaires *EDF* et *Suez*. Dans ces deux affaires, il était demandé aux comités *ad hoc* respectifs de prononcer l'annulation des sentences en cause sur le fondement des articles 52(1)(a) et (d) de la Convention, à raison de doutes alléguées sur l'indépendance et l'impartialité d'un arbitre, alors qu'une décision rendue en application de l'article 58 de la Convention avait été rendue au cours de l'arbitrage initial et avait déjà rejeté sur le fond la demande de récusation visant l'arbitre en question⁵¹⁴.
363. Or, en l'espèce :
- La décision du Président du Conseil administratif du Centre du 21 février 2017 n'a pas été rendue au cours de la procédure de resoumission ayant abouti à la Sentence du 13 septembre 2016, mais au cours d'une procédure en correction d'erreurs matérielles initiée postérieurement à la reddition de celle-ci, le 27 octobre 2016, en application de l'article 49 de la Convention⁵¹⁵ ; et
 - Dans sa décision du 21 février 2017, le Président du Conseil administratif du Centre n'a pas statué sur le fond de la demande de récusation visant les arbitres Veeder et Berman, mais s'est contenté de déclarer celle-ci irrecevable, en raison de son caractère supposément tardif⁵¹⁶.
364. Ces particularités procédurales ont pour conséquence que, si le Comité *ad hoc* devait considérer que la Décision du Président du Conseil administratif du 21 février 2017 déclarant irrecevable la demande de récusation formulée par les Demanderesses à l'encontre des arbitres Veeder et Berman était intenable ou manifestement déraisonnable, il serait amené à apprécier pour la première fois, *de novo*, le bien fondé des arguments des Demanderesses relatifs au conflit objectif apparent d'intérêts entre l'État du Chili et les arbitres MM. Veeder et Berman.
365. La même appréciation *de novo* pourrait être entreprise par le Comité s'il estimait qu'il existe une évolution significative du contexte factuel dans lequel la Décision du

⁵¹³ **Pièce C109**, *Suez, Sociedad General de Aguas de Barcelona, S.A. and Vivendi Universal, S.A. v. Argentine Republic*, Affaire CIRDI No. ARB/03/19, Décision sur la requête en annulation de la République d'Argentine, 5 mai 2017, § 194.

⁵¹⁴ Dans les affaires *EDF* et *Suez*, une demande de récusation avait été déposée et rejetée par les tribunaux respectifs à l'encontre de l'arbitre Gabrielle Kaufmann-Kohler.

⁵¹⁵ **Pièce C126**, Demande en correction d'erreurs matérielles du 26 octobre 2016.

⁵¹⁶ **Pièce C119**, Décision du Président du Conseil administratif du 21 février 2017.

Président du Conseil administratif du 21 février 2017 a été rendue, justifiant de dévier de la conclusion du Président du Conseil administratif sur la recevabilité de la demande de récusation formulée par les Demanderesses.

366. Dès lors, les Demanderesses démontreront ci-après :

- Que la Décision du Président du Conseil administratif du 21 février 2017 ayant déclaré irrecevable la demande de récusation des arbitres Veeder et Berman formulée par les Demanderesses présente un caractère manifestement intenable et déraisonnable (*so plainly unreasonable that no reasonable decision-maker could have come to such a decision*⁵¹⁷) ;
- Que, par ailleurs, le contexte factuel dans lequel cette Décision du Président du Conseil administratif a été rendue a évolué de telle manière qu'il est justifié pour le Comité *ad hoc* de s'écarter des conclusions qui y sont exposées sur la recevabilité de la demande de récusation des arbitres Veeder et Berman formulée par les Demanderesses ;
- Qu'enfin, il existe des doutes légitimes sur l'indépendance des arbitres Berman et Veeder qui justifient l'annulation de la Sentence.

9.2.2 La Décision du Président du Conseil administratif du 21 février 2017 est manifestement intenable et déraisonnable

367. Cette décision du Président du Conseil administratif a déclaré la demande de récusation des arbitres Berman et Veeder irrecevable, en considérant que les Demanderesses auraient dû avoir connaissance du fait que certains membres des Essex Court Chambers intervenaient ou étaient intervenus par le passé pour la République du Chili au moment du déroulement de la procédure en resoumission⁵¹⁸.
368. Les conclusions auxquelles est arrivé le Président du Conseil administratif ont été largement reprises par la Défenderesse dans son Counter-Memorial on Annulment, pour soutenir que les Demanderesses seraient présumé avoir renoncé à leur droit de formuler des objections relatives à l'indépendance et à l'impartialité des arbitres Berman et Veeder⁵¹⁹.
369. Comme les Demanderesses l'ont déjà démontré dans leurs écritures antérieures⁵²⁰, et comme elles le développeront une fois encore ci-après, la Décision du Président du Conseil administratif du 21 février 2017 est manifestement intenable et déraisonnable. En réalité, les Demanderesses ont agi avec toute la diligence requise

⁵¹⁷ **Pièce C103**, *EDF International S.A., SAUR International S.A. , León Participaciones Argentinas S.A. c. République d'Argentine*, Affaire CIRDI n° ARB/03/23, Décision sur l'annulation, 5 février 2016, § 145.

⁵¹⁸ **Pièce C119**, Décision du Président du Conseil administratif du 21 février 2017, §§ 82 et s.

⁵¹⁹ Counter-Memorial on Annulment, §§ 314 et s.

⁵²⁰ Requête en annulation, §§ 95 et s ; Mémoire en Demande, §§ 139-142.

de sorte qu'elles ne peuvent être présumées avoir renoncé à leur droit à formuler une objection relative à l'indépendance et à l'impartialité des arbitres Veeder et Berman.

370. Il convient à titre liminaire de rappeler les dispositions pertinentes de la Convention et du Règlement, qui constituent le fondement de la Décision du Président du Conseil administratif du 21 février 2017, et auxquelles se réfère la Défenderesse dans son Counter-Memorial on Annulment.
371. Ainsi, l'article 57 de la Convention permet aux parties de présenter au tribunal arbitral une demande de récusation de l'un de ses membres qui ne remplirait pas les qualités requises par l'article 14, alinéa (1) de la Convention, ou les conditions fixées à la section 2 du chapitre IV pour la nomination du Tribunal arbitral⁵²¹.
372. L'article 9 du Règlement précise que la demande de récusation doit être formée "dans les plus brefs délais, et en tout état de cause avant que l'instance ait été déclarée close"⁵²².
373. Enfin, l'article 27 du Règlement prévoit que la partie qui sait ou aurait dû savoir qu'une disposition du Règlement n'a pas été observée et qui ne soulève pas d'objection promptement est réputée avoir renoncé à son droit d'objecter :

"Une partie qui a ou devrait avoir connaissance du fait qu'une disposition du Règlement administratif et financier, du présent Règlement ou de tout autre règlement ou accord applicable à la procédure, ou d'une ordonnance du Tribunal, n'a pas été observée, et qui s'abstient de faire valoir promptement ses objections à ce sujet, est réputée avoir renoncé à son droit d'objection, sous réserve des dispositions de l'article 45 de la Convention"⁵²³.
374. La Décision du Président du Conseil administratif du 21 février 2017 déclarant irrecevable la demande de récusation formulée par les Demanderesses à l'encontre des arbitres Berman et Veeder sur le fondement des dispositions visées ci-dessus ne trouve aucune justification, de sorte qu'elle est manifestement intenable et déraisonnable. Il en va de même des arguments mis en avant par la Défenderesse dans son Counter-Memorial on Annulment, qui ne constituent que le côté opposé d'une même pièce.
375. Dans sa Décision du 21 février 2017, le Président du Conseil administratif a déclaré la demande de récusation des arbitres MM. Berman et Veeder irrecevable, en considérant que les Demanderesses auraient dû avoir connaissance du fait que certains membres des Essex Court Chambers intervenaient ou étaient intervenus par

⁵²¹ Article 57 de la Convention.

⁵²² Article 9 du Règlement.

⁵²³ Article 27 du Règlement.

le passé pour la République du Chili au moment du déroulement de la procédure en resoumission⁵²⁴.

376. En particulier, le Président du Conseil administratif a insisté sur le fait que :

- Des articles de presse parus à partir de l'année 2012 auraient fait mention de la représentation de la République du Chili par certains membres des Essex Court Chambers⁵²⁵ ;
- Le caractère secret de la relation entre les Essex Court Chambers et la République du Chili ne serait pas établi par l'article de presse du 18 septembre 2016 mis en avant par les Demanderesses⁵²⁶ ;
- Les Demanderesses suivaient régulièrement la presse chilienne à l'époque⁵²⁷ ;
- Les Demanderesses auraient dû mener des recherches sur les conflits d'intérêts affectant les arbitres Veeder et Berman au moment de leur nomination⁵²⁸.

377. En définitive, l'irrecevabilité prononcée par le Président du Conseil administratif était motivée pour les raisons suivantes :

"Lorsque les Demanderesses ont nommé M. V. V. Veeder QC et accepté la nomination de Sir Franklin Berman QC, elles savaient que les Arbitres mis en cause étaient tous les deux membres des Essex Court Chambers. Au même moment, les médias ont régulièrement rapporté que M. Wordsworth QC représentait le Chili dans une affaire distincte, et les Demanderesses se sont régulièrement appuyées au cours des instances sur des preuves provenant des mêmes médias. Au vu des circonstances spécifiques de cette affaire, il apparaît que des informations suffisantes étaient publiques et à la disposition des Demanderesses au cours de l'instance de nouvel examen et que, par conséquent, elles savaient ou auraient dû savoir que d'autres barristers des Essex Court Chambers représentaient la République du Chili dans des procédures CIJ"⁵²⁹.

⁵²⁴ **Pièce C119**, Décision du Président du Conseil administratif du 21 février 2017, §§ 82 et s.

⁵²⁵ **Ibid.**, § 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 les procédures CIJ étaient dans le domaine public et disponibles depuis décembre 2012*".

⁵²⁶ **Ibid.**, § 89 : "*L'article du 18 septembre 2016 sur lequel les Demanderesses s'appuient comme preuve d'une relation jusque-là secrète entre les Essex Court Chambers et le Chili n'étaye pas cette allégation*".

⁵²⁷ **Ibid.**, § 90 : "*Le dossier de la procédure montre de plus que, durant les instances d'arbitrage et de nouvel examen, les Demanderesses ont fait référence à, et cité, un certain nombre d'articles de presse*".

⁵²⁸ **Ibid.**, § 92 : "*C'est une pratique courante pour une partie que de rechercher les conflits que des arbitres pourraient avoir au moment de leurs nominations, et, en particulier, concernant la désignation de leur propre candidat*".

⁵²⁹ **Ibid.**, Décision du Président du Conseil administratif du 21 février 2017, § 94.

378. Pourtant, à y regarder de près, les raisons invoquées par le Président du Conseil administratif et exposées *supra* sont intenable, et trahissent le caractère manifestement déraisonnable de la décision.
379. En premier lieu, comme les Demanderesses l'ont expliqué dans leurs écritures antérieures⁵³⁰, les articles de presse auxquels fait référence le Président du Conseil administratif ne permettent pas d'établir avec précision le caractère public de la représentation de la République du Chili par des membres des Essex Court Chambers.
380. En effet, en note de bas de page n° 69, le Président du Conseil administratif relève que "à titre d'exemple, la Défenderesse a annexé plusieurs articles de presse publiés entre décembre 2012 et mai 2015 qui font expressément référence à la participation de barristers des Essex Court Chambers comme conseils du Chili dans des affaires CIJ"⁵³¹.
381. Or, si les huit articles cités mentionnent effectivement le rôle de M. Samuel Wordsworth et dans la représentation de la République du Chili dans les affaires devant la Cour Internationale de Justice lors des affaires *Différend maritime (Pérou c. Chili)* et *Obligation de négocier un accès à l'océan Pacifique (Bolivie c. Pérou)*, aucun ne fait état de la qualité de membre des Essex Court Chambers de celui-ci⁵³².
382. Ces articles de presse -qui n'étaient pas connus – ne sont pas suffisamment détaillés pour éveiller des soupçons chez les Demanderesses au moment de la constitution du Tribunal de resoumission ou au cours de cette procédure, et justifier qu'elles entreprennent des vérifications supplémentaires. Dans ces conditions, il aurait été manifestement déraisonnable et excessif d'imposer aux Demanderesses de s'enquérir, de manière systématique, de la structure d'exercice à laquelle appartiennent l'intégralité des conseils de la République du Chili mentionnés, d'une manière ou d'une autre, dans des articles de presse. Un tel travail d'enquête systématique aurait été excessif.
383. Les autres arguments invoqués par la Défenderesse dans son Counter-Memorial on Annulment pour soutenir le caractère prétendument tardif de la demande de récusation des Demanderesses sont inopérants.
384. Ainsi, le fait que le CV de M. Berman mentionnant son appartenance aux Essex Court Chambers ait été circulé aux parties en novembre 2013⁵³³ n'est pas pertinent

⁵³⁰ Mémoire en Demande, § 141.

⁵³¹ *Ibid.*, Décision du Président du Conseil administratif du 21 février 2017, note de bas de page n° 69

⁵³² Ces articles, listés dans la note de bas de page 69 de la décision du Président du Conseil administratif du 21 février 2017, sont les suivants : **pièce C316e**, Article publié par LA TERCERA le 6 décembre 2012 ; **pièce C317e**, article publié par LA NACION le 14 décembre 2012 ; **pièce C318e**, article publié par LA TERCERA le 12 avril 2014 ; **pièce C319e**, article publié par LA RAZON le 24 mai 2014 ; **pièce C320e**, article publié par LA TERCERA le 5 décembre 2014 ; **pièce C321e**, article publié par LA NACION le 4 mai 2015 ; **pièce C322e**, article publié par EMOL le 4 mai 2015 ; et **pièce C323e**, Article publié par PANAM POST le 11 mai 2016.

⁵³³ Counter-Memorial on Annulment, § 315.

dans la mesure où (i) ce CV, ni aucun autre document qui aurait été communiqué par M. Berman au moment de sa nomination, n'indique pas que d'autres membres des Essex Court Chambers auraient représenté la République du Chili à cette époque, et (ii) comme démontré ci-avant⁵³⁴, les articles de presse disponibles à cette époque n'étaient pas suffisamment précis pour relier la République du Chili aux Essex Court Chambers, ou justifier que des investigations poussées soient effectuées sur ce point.

385. Les mêmes arguments valent pour la nomination de M. Veeder par les Demanderesses en janvier 2014⁵³⁵.
386. Par ailleurs, le fait que l'un des membres des Essex Court Chambers - M. Vaughan Lowe - représente l'État de Bolivie contre la République du Chili dans l'affaire devant la Cour Internationale de Justice *Obligation de négocier un accès à l'océan Pacifique (Bolivie c. Chili)*⁵³⁶ est également sans pertinence dans la procédure qui nous intéresse. La représentation de la Bolivie par M. Vaughan Lowe n'explique ni n'excuse l'absence de révélation par MM. Veeder et Berman, ou par la Défenderesse, des liens existant entre certains membres des Essex Court Chambers et la République du Chili.
387. Il résulte de ce qui précède que rien, dans les documents publics qui existaient au moment de la constitution du Tribunal de resoumission ne permettaient aux Demanderesses de se douter des liens entre les Essex Court Chambers et la Défenderesse.
388. En second lieu, la lecture faite par le Président du Conseil administratif de l'article paru dans le journal *El Mercurio* du 18 septembre 2016, par lequel les Demanderesses ont appris l'existence de relations secrètes entretenues entre la République du Chili et certains membres des Essex Court Chambers est également intenable⁵³⁷.
389. L'article en question expose que :

"Le ministre ne cache pas son enthousiasme quand il parle de l'affaire Silala, et de la stratégie suivie à cet égard, qui inclut une recherche "avancée" et secrète de conseils internationaux, qui travaillent depuis des mois - jusqu'à présent dans la plus grande discrétion - avec l'équipe dirigée par l'agent Ximena Fuentes et les co-agents Juan Ignacio Piña et María Teresa Infante.

(...)

Quant au britannique Alan Boyle, il est professeur à l'Université d'Edimbourg en Écosse et spécialiste en droit maritime et en droit de l'environnement. De

⁵³⁴ *Supra*, § 128.

⁵³⁵ Counter-Memorial on Annulment, § 314.

⁵³⁶ *Ibid.*, § 317.

⁵³⁷ **Pièce C119**, Décision du Président du Conseil administratif du 21 février 2017, § 89.

même que Samuel Wordsworth -avocat du Chili dans l'affaire de la demande maritime- il est membre du prestigieux cabinet Essex Courts Chambers." (nous soulignons)⁵³⁸.

390. Contrairement à ce qu'a considéré le Président du Conseil administratif, l'article de presse cité ci-avant (i) fait état des recherches secrètes et avancées des avocats intervenant pour la République du Chili sous couvert de la plus grande discrétion, et (ii) fait état, cette fois-ci de manière expresse et non équivoque, de l'appartenance de MM. Boyle et Wordsworth aux Essex Court Chambers.
391. C'est donc à partir de cette date - peu après la reddition de la Sentence de resoumission -, à partir de ces éléments, que les Demanderesses ont commencé à mener des recherches plus approfondies sur les liens existants entre certains membres des Essex Court Chambers et la République du Chili.
392. C'est d'ailleurs ce qu'a expliqué Me Hernan Garcés au cours de l'audience de procédure du 16 février 2018, contrairement à ce que laisse croire la déformation de ses propos opérée par la Défenderesse dans son Counter-Memorial on Annulment⁵³⁹. Me Hernan Garcés explique en effet qu'une fois informé par des personnes au Chili de la parution de l'article du 18 septembre 2016 (pièce C291), il a entrepris d'autres vérifications lui ayant permis de dérouler le fil des membres des Essex Court Chambers qui représentaient ou avaient représenté par le passé la République du Chili⁵⁴⁰.
393. En troisième et dernier lieu, à compter de la connaissance, par le biais de l'article du 18 septembre 2016, de liens occultes entre des membres des Essex Court Chambers et la République du Chili, il convient de souligner que la réaction des Demanderesses a été immédiate.
394. Dès le 20 septembre 2016, les Demanderesses ont demandé au Secrétaire général du CIRDI que les arbitres Veeder et Berman se livrent à des révélation sur les liens unissant d'autres membres des Essex Court Chambers à la République du Chili⁵⁴¹.
395. Comme l'explique en détail la Décision du Président du Conseil administratif du 21 février 2017, à partir de cette date, plusieurs échanges ont eu lieu entre le Centre, les parties, et les arbitres Veeder et Berman pour leur permettre de s'expliquer⁵⁴².
396. Le 27 octobre 2016, les Demanderesses ont soumis leur demande de correction de la Sentence de resoumission, qui réitérait par ailleurs les demandes d'enquêtes et de révélation à l'encontre de MM. Berman et Veeder⁵⁴³.

⁵³⁸ **Pièce C291**, Article paru dans EL MERCURIO le 18 septembre 2016.

⁵³⁹ Counter-Memorial on Annulment, § 323.

⁵⁴⁰ **C324**, Transcript en français de l'audience de procédure du 16 février 2018, pages 190:4-191:02.

⁵⁴¹ **Pièce C119**, Décision du Président du Conseil administratif du 21 février 2017, § 8.

⁵⁴² **Ibid.**, §§ 8-25.

397. Le 22 novembre 2016, soit à peine deux mois après avoir fait état au Secrétaire Général du Centre de leurs doutes, et le lendemain du courrier du 21 novembre 2016 par lequel le Tribunal informait les parties que MM. Berman et Veeder n'avaient rien à ajouter à leurs précédentes déclarations⁵⁴⁴, les Demanderesses déposaient formellement une demande de récusation des arbitres Berman et Veeder conformément à l'article 57 de la Convention⁵⁴⁵.
398. Dans ces circonstances, le caractère prompt de la réaction des Demanderesses est manifeste.
399. On relèvera au surplus que si, comme l'avance la Défenderesse⁵⁴⁶ et comme l'a retenu le Président du Conseil administratif⁵⁴⁷, certaines décisions ont considéré qu'une demande de récusation était tardive lorsque déposée 53 jours, 147 jours ou six mois après que la partie requérante ait eu connaissance des faits soutenant la demande, il est généralement admis qu'une demande déposée dans un délai d'un mois à compter de la découverte des faits est recevable⁵⁴⁸.
400. De nombreux tribunaux ont également jugés recevables des demandes de récusation formées dans un délai de deux mois à compter de la découverte des faits⁵⁴⁹, notamment lorsque des échanges ont lieu sur le sujet pendant cette période entre les parties et les arbitres⁵⁵⁰, comme c'est le cas en l'espèce⁵⁵¹. D'autres tribunaux ont également accepté la recevabilité de demandes formées dans des délais bien plus longs, par exemple six mois après la constitution du tribunal⁵⁵².

⁵⁴³ **Pièce C126**, Demande en correction d'erreurs matérielles du 26 octobre 2016.

⁵⁴⁴ **Pièce C119**, Décision du Président du Conseil administratif du 21 février 2017, §§ 25.

⁵⁴⁵ **Pièce C118**, Demande de récusation des arbitres Berman et Veeder du 22 novembre 2016.

⁵⁴⁶ Counter-Memorial on Annulment, para 319.

⁵⁴⁷ **Pièce C119**, Décision du Président du Conseil administratif du 21 février 2017, § 85.

⁵⁴⁸ **Pièce CL389**, K. Daele, "Chapter 3: The Timing of a Challenge", § 3-006, in *Challenge and Disqualification of Arbitrators in International Arbitration*, Kluwer Law International, 2012 : "In general, a challenging party will be considered to have made the challenge 'promptly' if it has made the challenge within one month of acquiring knowledge of the circumstances on account of which the challenge is made. This rule is formulated on the basis of a number of cases in which the challenge was made within one month and in which the timing of the challenge was not raised at all".

⁵⁴⁹ **Ibid.**, § 3-008: "For anything in between one and five months, the ICSID case law does not offer a clear picture. In some cases, a liberal approach was taken. In *Amco v. Indonesia*, in which the challenge was made forty-one days from the arbitrator's disclosure, and in *Asset Recovery v. Argentina*, in which the challenge was made fifty-eight days from the constitution of the Tribunal, the timing of the challenge was not questioned. In *World Duty Free v. Kenya*, the challenged arbitrator resigned following a challenge made forty-seven days from the constitution of the Tribunal".

⁵⁵⁰ **Pièce CL390**, K. Daele, "Chapter 3: The Timing of a Challenge", § 3-009, in *Challenge and Disqualification of Arbitrators in International Arbitration*, Kluwer Law International, 2012 : "In *Lemire v. Ukraine*, the deciding co-arbitrators determined that a challenge made six weeks after the disclosure by the challenged arbitrator of a conflicting relationship was timely only because the challenging party had been in communication during this period with the non-challenging party and the challenged arbitrator over the challenge".

⁵⁵¹ *Supra*, §§ 141-144

⁵⁵² **Pièce CL390**, K. Daele, "Chapter 3: The Timing of a Challenge", § 3-007, in *Challenge and Disqualification of Arbitrators in International Arbitration*, Kluwer Law International, 2012 : "A notable exception is *Carnegie v. Gambia* in which the State made a challenge six months after the constitution of the Tribunal and seven months after acquiring knowledge of the ground for challenge. Nevertheless, as will be analysed further below, its proposal was considered timely".

401. Il découle de ce qui précède que la décision du Président du Conseil administratif du 21 février 2017 de déclarer irrecevable la demande de récusation formulée par les Demanderesses à l'encontre des arbitres Berman et Veeder est manifestement déraisonnable et intenable. En réalité, il est manifeste que l'objection formée par les Demanderesses a été soulevée dans les délais.
402. Pour reprendre les termes employés par les comités *ad hoc* dans les affaires *EDF* et *Suez*, la décision du Président du Conseil administratif du 21 février 2017 est donc bien "*so plainly unreasonable that no reasonable decision-maker could have come to such a decision*"⁵⁵³.
403. Cette conclusion justifie que le Comité se penche, pour la première fois et statuant nécessairement *de novo*, sur le bien-fondé des objections des Demanderesses à l'indépendance et l'impartialité des arbitres Veeder et Berman.
404. Cette conclusion est renforcée par le fait que des éléments de faits nouveaux, que n'avait pas en sa connaissance le Président du Conseil administratif lorsqu'il a statué le 21 février 2017, ont renforcé le caractère certain de l'existence d'une relation secrète entre certains membres des Essex Court Chambers et la République du Chili.
- 9.2.3 L'existence d'éléments nouveaux justifie que le Comité *ad hoc* apprécie *de novo* les doutes sur l'indépendance et l'impartialité de MM. Berman et Veeder**
405. Comme les Demanderesses l'ont expliqué dans leurs écritures antérieures⁵⁵⁴, en toute hypothèse, la République du Chili s'est opposée, dans une procédure intentée au Chili, à la communication de documents relatifs à la relation qu'elle entretenait avec des membres des Essex Court Chambers ordonnée en invoquant le caractère secret et couvert par l'intérêt national de ceux-ci⁵⁵⁵.
406. Ces éléments, que n'avait pas en sa possession le Président du Conseil administratif au moment où il a pris sa décision, démontre bien que la relation étroite et sur des questions stratégiques entre la République du Chili et certains membres des Essex Court Chambers n'était pas connue du public et ne pouvait donc être connue des Demanderesses.
407. Le Comité observera à cet égard le silence complet de la Défenderesse sur cette question dans son Counter-Memorial on Annulment.

⁵⁵³ **Pièce C103**, *EDF International S.A., SAUR International S.A., León Participaciones Argentinas S.A. c. République d'Argentine*, Affaire CIRDI n° ARB/03/23, Décision sur l'annulation, 5 février 2016, § 145 ; **Pièce C109**, *Suez, Sociedad General de Aguas de Barcelona, S.A. and Vivendi Universal, S.A. v. Argentine Republic*, Affaire CIRDI No. ARB/03/19, Décision sur la requête en annulation de la République d'Argentine, 5 mai 2017, § 94.

⁵⁵⁴ Requête en annulation, §§ 99 et s. ; Mémoire en Demande, §§ 142-147.

⁵⁵⁵ **Pièce C138**, Réponse des autorités du Chili à un conseil de la Fondation « Président Allende » du 12 avril 2017.

408. Dans ces conditions, en présence de ces éléments de faits déterminants qui modifient substantiellement le contexte factuel dans lequel la décision du président du Conseil administratif du 21 février 2017 a été rendue, il est justifié pour le Comité de s'écarter des conclusions qui y sont exposées sur la recevabilité de la demande de récusation des arbitres Veeder et Berman formulée par les Demanderesses.
409. Il reste désormais au Comité à se prononcer, cette fois-ci en sa position de "*primary decision-maker*"⁵⁵⁶, statuant donc nécessairement "*de novo*"⁵⁵⁷, sur le bien-fondé de l'objection formulée par les Demanderesses relative au conflit objectif apparent d'intérêts entre l'État du Chili et les arbitres MM. Veeder et Berman.

9.2.4 Le doute raisonnable sur l'indépendance et l'impartialité de MM. Berman et Veeder

410. Comme l'a expliqué le comité *ad hoc* dans l'affaire *EDF International et al. c. Argentine*, lorsqu'il statue pour la première fois sur une objection tenant à l'impartialité et à l'indépendance des arbitres, il appartient à un comité *ad hoc* de trancher les questions suivantes :

"(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 ?"⁵⁵⁸.

411. La première question relative à la renonciation au droit de former une telle objection a en réalité tranchée ci-dessus⁵⁵⁹, lorsqu'il a été démontré que la décision du Président du Conseil administratif du 21 février 2017 prononçant l'irrecevabilité de la demande de récusation formulée par les Demanderesses était "*so plainly unreasonable that no reasonable decision-maker could have come to such a decision*"⁵⁶⁰.

⁵⁵⁶ **Pièce C103**, *EDF International S.A., SAUR International S.A. , León Participaciones Argentinas S.A. c. République d'Argentine*, Affaire CIRDI n° ARB/03/23, Décision sur l'annulation, 5 février 2016, § 144.

⁵⁵⁷ **Pièce C103**, *EDF International S.A., SAUR International S.A. , León Participaciones Argentinas S.A. c. République d'Argentine*, Affaire CIRDI n° ARB/03/23, Décision sur l'annulation, 5 février 2016, § 132.

⁵⁵⁸ **Pièce C103**, *EDF International S.A., SAUR International S.A. , León Participaciones Argentinas S.A. c. République d'Argentine*, Affaire CIRDI n° ARB/03/23, Décision sur l'annulation, 5 février 2016, § 136.

⁵⁵⁹ *Supra*, §§ 114 et s. ; v. également Mémoire en Demande, §§ 148 et s.

⁵⁶⁰ **Pièce C103**, *EDF International S.A., SAUR International S.A. , León Participaciones Argentinas S.A. c. République d'Argentine*, Affaire CIRDI n° ARB/03/23, Décision sur l'annulation, 5 février 2016, § 145 ; **Pièce C109**, *Suez, Sociedad General de Aguas de Barcelona, S.A. and Vivendi Universal, S.A. v. Argentine Republic*,

412. Il reste donc au Comité à apprécier (i) si les éléments mis en avant par les Demanderesses conduiraient une personne raisonnable à considérer qu'il existe des motifs raisonnables de douter du conflit objectif apparent d'intérêts entre l'État du Chili des arbitres MM. Veeder et Berman et, (ii) si le risque raisonnable et objectif d'absence d'indépendance et d'impartialité desdits arbitres, à la supposée établi, aurait pu avoir un impact sur la Sentence.
413. Les Demanderesses démontreront ci-après que tel est bien le cas.
414. En effet, il existe des motifs raisonnables de douter de l'indépendance et de l'impartialité des arbitres MM. Veeder et Berman (9.2.4.1), ce qui justifie d'annuler la Sentence (9.2.4.2).
415. A titre liminaire, il convient de souligner la tentative grossière de la Défenderesse d'imposer au Comité *ad hoc* le recours à un standard de preuve daté et critiqué.
416. La Défenderesse soutient ainsi que "in order to justify an arbitrator challenge, the moving party must "establish facts that make it obvious and highly probable, not just possible [,] that [the challenged arbitrators] may not be relied upon to exercise independent and impartial judgment""⁵⁶¹.
417. Cette présentation ne rend pas compte des développements les plus récents en matière de demandes de récusation d'arbitres dans la "jurisprudence" du CIRDI.
418. Ainsi, de nombreuses décisions ont en effet retenu que le critère juridique applicable à une proposition de récusation d'un arbitre est un critère objectif fondé sur une appréciation raisonnable des éléments de preuve par un tiers⁵⁶², et que le terme 'manifeste' employé à l'article 57 de la Convention CIRDI signifie 'flagrant' ou

Affaire CIRDI No. ARB/03/19, Décision sur la requête en annulation de la République d'Argentine, 5 mai 2017, § 94.

⁵⁶¹ Counter-Memorial on Annulment, § 333.

⁵⁶² "The applicable legal standard is an objective standard based on a reasonable evaluation of the evidence by a third party" ; v. en ce sens **Pièce C154**, *Suez, Sociedad General de Aguas de Barcelona SA. c. République argentine* (Affaires CIRDI ARB/03/17 et ARB/03/19), Décision sur la proposition de récusation d'un membre du Tribunal arbitral (22 octobre 2007), §§ 39-40 ; **Pièce CL282**, *Blue Bank International & Trust (Barbados) Ltd. c. République bolivarienne du Venezuela* (Affaire CIRDI ARB/12/20), Décision sur les propositions des parties de récuser une majorité des membres du Tribunal (12 novembre 2013), § 60 ; **Pièce CL390**, *Burlington Resources Inc. c. République d'Équateur* (Affaire CIRDI ARB/08/5), Décision sur la proposition de récusation du Professeur Francisco Orrego Vicuña (13 décembre 2013), § 67 ; **Pièce CL391**, *Abaclat et autres c. République argentine* (Affaire CIRDI ARB/07/5), Décision sur la proposition de récusation d'une majorité des membres du Tribunal (4 février 2014), § 77 ; **Pièce CL392**, *Caratube International Oil Company LLP et Devincci Salah Hourani c. la République du Kazakhstan* (Affaire CIRDI n° ARB/13/13), Décision sur la proposition de récuser M. Bruno Boesch (20 mars 2014), § 91 ; **Pièce CL393**, *ConocoPhillips Hamaca B.V. et ConocoPhillips Gulf of Paria B.V. c. République bolivarienne du Venezuela* (Affaire CIRDI ARB/07/30), Décision sur la proposition de récusation d'une majorité des membres du Tribunal (5 mai 2014), § 53 ; **Pièce CL394**, *ConocoPhillips Petrozuata B.V., ConocoPhillips Hamaca B.V. et ConocoPhillips Gulf of Paria B.V. c. République bolivarienne du Venezuela* (Affaire CIRDI ARB/07/30), Décision sur la proposition de récusation d'une majorité des membres du Tribunal (1 juillet 2015), § 84 ; **Pièce CL395**, *BSG Resources Limited, BSG Resources (Guinea) Limited et BSG Resources (Guinea) SARL c. République de Guinée* (Aff. CIRDI ARB/14/22), Décision sur la proposition de récusation de tous les membres du tribunal arbitral (28 décembre 2016), § 58.

l'évident et qu'il fait référence à la facilité avec laquelle le défaut allégué de la qualité requise peut être discerné⁵⁶³.

419. Il est également établi que les articles 57 et 14(1) de la Convention CIRDI n'exigent pas la preuve d'un parti pris réel mais qu'il est suffisant d'établir l'apparence d'un parti pris⁵⁶⁴.
420. C'est d'ailleurs ce critère qu'a utilisé le Président du Conseil administratif dans sa seconde Décision sur la demande de récusation de MM. Berman et Veeder du 13 avril 2017⁵⁶⁵.
421. Ainsi, contrairement à ce que soutient la Défenderesse, le standard applicable en l'espèce est bien de savoir si "the party seeking annulment established facts the

⁵⁶³ "Regarding the meaning of the word "manifest" in Article 57 of the Convention, it means "evident" or "obvious," and that it relates to the ease with which the alleged lack of the qualities can be perceived" ; v. **Pièce C154**, *Suez, Sociedad General de Aguas de Barcelona SA. c. République argentine* (Affaires CIRDI ARB/03/17 et ARB/03/19), Décision sur la proposition de récusation d'un membre du Tribunal arbitral (22 octobre 2007), § 34 ; **Pièce CL396**, *Saint-Gobain Performance Plastics Europe c. République bolivarienne du Venezuela* (Affaire CIRDI ARB/12/13), Décision sur la proposition de la Demanderesse de récuser M. Gabriel Bottini du Tribunal sur le fondement de l'article 57 de la Convention CIRDI (27 février 2013), § 59 ; **Pièce CL282**, *Blue Bank International & Trust (Barbados) Ltd. c. République bolivarienne du Venezuela* (Affaire CIRDI ARB/12/20), Décision sur les propositions des parties de récuser une majorité des membres du Tribunal (12 novembre 2013), § 47 ; **Pièce CL390**, *Burlington Resources Inc. c. République d'Équateur* (Affaire CIRDI ARB/08/5), Décision sur la proposition de récusation du Professeur Francisco Orrego Vicuña (13 décembre 2013), § 68 ; **Pièce CL391**, *Abaclat et autres c. République argentine* (Affaire CIRDI ARB/07/5), Décision sur la proposition de récusation d'une majorité des membres du Tribunal (4 février 2014), § 71 ; **Pièce CL271**, *Repsol, S.A. et Repsol Butano, S.A. c. République argentine* (Affaire CIRDI ARB/12/38), Décision sur la proposition de récusation des Arbitres Francisco Orrego Vicuña et Claus von Wobeser (13 décembre 2013), para. 73 ; **Pièce CL393**, *ConocoPhillips Hamaca B.V. et ConocoPhillips Gulf of Paria B.V. c. République bolivarienne du Venezuela* (Affaire CIRDI ARB/07/30), Décision sur la proposition de récusation d'une majorité des membres du Tribunal (5 mai 2014), para. 47 ; **Pièce CL394**, *ConocoPhillips Petrozuata B.V., ConocoPhillips Hamaca B.V. et ConocoPhillips Gulf of Paria B.V. c. République bolivarienne du Venezuela* (Affaire CIRDI ARB/07/30), Décision sur la proposition de récusation d'une majorité des membres du Tribunal (1 juillet 2015), para. 82 ; **Pièce CL395**, *BSG Resources Limited, BSG Resources (Guinea) Limited et BSG Resources (Guinea) SARL c. République de Guinée* (Aff. CIRDI ARB/14/22), Décision sur la proposition de récusation de tous les membres du tribunal arbitral (28 décembre 2016), para. 54.

⁵⁶⁴ "Article 57 of the ICSID Convention do not require proof of actual dependence or bias; rather it is sufficient to establish the appearance of dependence or bias" ; v. **Pièce CL397**, *Urbaser SA et Consorcio de Aguas Bilbao Bizkaia, Bilbao Biskaia Ur Partzuergoa c. République d'Argentine*, Affaire CIRDI ARB/07/26, Décision sur la proposition de récuser le Professeur Campbell McLachlan, 12 août 2010, para. 43 ; **Pièce CL282**, *Blue Bank International & Trust (Barbados) Ltd. c. République bolivarienne du Venezuela* (Affaire CIRDI ARB/12/20), Décision sur les propositions des parties de récuser une majorité des membres du Tribunal (12 novembre 2013), para. 59 ; **Pièce CL390**, *Burlington Resources Inc. c. République d'Équateur* (Affaire CIRDI ARB/08/5), Décision sur la proposition de récusation du Professeur Francisco Orrego Vicuña (13 décembre 2013), para. 66 ; **Pièce CL391**, *Abaclat et autres c. République argentine* (Affaire CIRDI ARB/07/5), Décision sur la proposition de récusation d'une majorité des membres du Tribunal (4 février 2014), para. 76 ; **Pièce CL393**, *ConocoPhillips Hamaca B.V. et ConocoPhillips Gulf of Paria B.V. c. République bolivarienne du Venezuela* (Affaire CIRDI ARB/07/30), Décision sur la proposition de récusation d'une majorité des membres du Tribunal (5 mai 2014), para. 52 ; **Pièce CL394**, *ConocoPhillips Petrozuata B.V., ConocoPhillips Hamaca B.V. et ConocoPhillips Gulf of Paria B.V. c. République bolivarienne du Venezuela* (Affaire CIRDI ARB/07/30), Décision sur la proposition de récusation d'une majorité des membres du Tribunal (1 juillet 2015), para. 83 ; **Pièce CL395**, *BSG Resources Limited, BSG Resources (Guinea) Limited et BSG Resources (Guinea) SARL c. République de Guinée* (Aff. CIRDI ARB/14/22), Décision sur la proposition de récusation de tous les membres du tribunal arbitral (28 décembre 2016), para. 57.

⁵⁶⁵ **Pièce C165**, Décision du Président du Conseil administratif du CIRDI du 13 avril 2017, §§ 41-45.

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"⁵⁶⁶.

9.2.4.1 L'existence de motifs raisonnables de douter de l'indépendance et de l'impartialité des arbitres MM. Veeder et Berman

422. Les Demanderesses ont déjà exposé de manière détaillée dans leurs écritures antérieures qu'il existe des motifs raisonnables de douter de l'indépendance et de l'impartialité des arbitres Berman et Veeder⁵⁶⁷.
423. En substance, deux éléments sont à l'origine de ces doutes.
424. D'une part, le fait que plusieurs membres des Essex Court Chambers, dont font partie les arbitres Berman et Veeder, ont représenté l'État du Chili ou des entités sous son contrôle dans plusieurs procédures internationales et nationales qui se sont déroulées avant et pendant la procédure de Resoumission, et qui se sont pour certaines encore déroulées après.
425. Il en va ainsi en particulier de :
- M. Wordsworth, qui a représenté le Chili devant la Cour Internationale de Justice dans les affaires suivantes :
 - *Différend Maritime (Pérou c. Chili)*, affaire initiée le 16 janvier 2008 et achevée par jugement du 27 janvier 2014⁵⁶⁸. L'affaire était donc encore pendante lorsque la procédure de Resoumission a été initiée le 18 juin 2013, et lorsque M. Berman a été nommé arbitre le 24 décembre 2013. Le jugement du 27 janvier 2014 n'est intervenu que quelques jours avant la confirmation de la nomination de M. Veeder, le 31 janvier 2014 ;
 - *Obligation de négocier un accès à l'océan Pacifique (Bolivie c. Chili)*, initiée le 24 avril 2013 et achevée récemment par jugement du 10 octobre 2018⁵⁶⁹. Cette affaire était donc pendante pendant l'intégralité de la procédure de Resoumission ;
 - L'affaire *Différend concernant le statut et l'utilisation des eaux du Silala (Chili c. Bolivie)*, initiée le 6 juin 2016, et encore pendante aujourd'hui⁵⁷⁰. Cette affaire a donc été initiée au cours de la procédure de Resoumission,

⁵⁶⁶ **Pièce C103**, *EDF International S.A., SAUR International S.A., León Participaciones Argentinas S.A. c. République d'Argentine*, Affaire CIRDI n° ARB/03/23, Décision s136.

⁵⁶⁶ Requête en annulation, 10 octobre 2017, para. 93 (136).

⁵⁶⁷ Requête en annulation, §§ 86 et s. ; Mémoire en Demande, §§ 165 et s.

⁵⁶⁸ **Pièce C328**, voir les informations disponibles sur le site de la C.I.J. : <https://www.icj-cij.org/fr/affaire/137>.

⁵⁶⁹ **Pièce C329**, voir les informations disponibles sur le site de la C.I.J. : <https://www.icj-cij.org/fr/affaire/153>.

⁵⁷⁰ **Pièce C330**, *Différend concernant le statut et l'utilisation des eaux du Silala (Chili c. Bolivie)* Voir les informations disponibles sur le site de la C.I.J. : <https://www.icj-cij.org/fr/affaire/162>.

près de trois mois avant la reddition de la Sentence et se déroule actuellement.

- M. Boyle, qui représente également le Chili dans l'affaire *Différend concernant le statut et l'utilisation des eaux du Silala (Chili c. Bolivie)* décrite ci-dessus⁵⁷¹ ;
- MM. Simon Bryan et Stephen Houseman, qui ont défendu Coromine Ltd. - associée de CODELCO, la plus grande entreprise de production et d'exportation de cuivre du monde, détenue en totalité par l'État chilien, en 2007⁵⁷²- dans une affaire en rapport avec la Compañía Minera Doña Inés de Collahuasi, dont le siège est au Chili⁵⁷³ ;
- M. Lawrence Collins, qui avait représenté l'État du Chili lors du procès en extradition du général Pinochet au Royaume-Uni en 1998-1999 pour être jugée en Espagne initié par la Fondation Président Allende⁵⁷⁴, membre des Essex Court Chambers depuis 2012⁵⁷⁵.

426. Rien que devant la Cour Internationale de Justice, la Défenderesse a donc été représentée par au moins un membre des *Essex Court Chambers* de manière continue au cours de la dernière décennie. S'il n'existe pas à la connaissance des Demanderesses de statistiques officielles sur le coût moyen d'une procédure engagée devant la Cour Internationale de Justice, celui-ci se chiffre, de l'aveu même de la Défenderesse, en dizaines de millions de dollars par procédure⁵⁷⁶.
427. Les informations disponibles, non contestées par la Défenderesse, suggèrent donc que la République du Chili a une relation d'affaire continue avec les Essex Court Chambers depuis au moins une dizaine d'années⁵⁷⁷, pour un montant que l'on peut raisonnablement estimer à plusieurs millions voire dizaines de millions de dollars.
428. Dans n'importe quel cabinet d'avocats d'envergure internationale, un client aussi régulier sur des affaires de cette importance serait considéré comme un client d'importance stratégique. Dans ces conditions, il ne saurait être sérieusement soutenu que les liens entre les Essex Court Chambers et la République du Chili sont insignifiants.

⁵⁷¹ *Ibid.*, v. les informations publiées par le Ministère chilien des affaires étrangères : <https://bit.ly/2RG5f7m>

⁵⁷² **Pièce C128**, §§23-24

⁵⁷³ Voir le site <http://www.collahuasi.cl/es/>

⁵⁷⁴ Voir les pièces 1 et 3 annexées dans la **pièce C127**, *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)

⁵⁷⁵ **Pièce C128**, §§ 26, 100 et s.

⁵⁷⁶ **Pièce C-142**, Article “*Defensa en La Haya costó 16 US\$ millones*”, La Tercera (Santiago), 22 juin 2013, faisant mention du fait qu'entre 2009 et 2012, la défense du Chili dans la seule affaire *Différend maritime (Pérou c. Chili)* a coûté à la Défenderesse la somme de 16 millions de USD.

⁵⁷⁷ V. Mémoire en Demande, para. 167 : comme les Demanderesses l'ont indiqué dans leurs écritures antérieures, d'autres membres des Essex Court Chambers ont également représenté des entités para-publiques chiliennes avant cette période.

429. D'autre part, le fait que ces liens entre la Défenderesse et les Essex Court Chambers n'ont pas été révélés par les arbitres MM. Veeder et Berman lors de leur nomination, ni même au cours de la procédure.
430. Il n'est pas contesté que, ni M. Berman, ni M. Veeder, ni la Défenderesse, n'ont révélé à un quelconque moment la teneur des liens entre la République du Chili et des membres des Essex Court Chambers exposés ci-dessus.
431. Par ailleurs, si l'on considère, comme il a été exposé ci-dessus⁵⁷⁸, que la relation entre la Défenderesses et certains membres des Essex Court Chambers - non identifiés comme tels - avait été rapportée par la presse chilienne, il n'en demeure pas moins que ces informations n'étaient pas notoires, et qu'il appartenait par conséquent aux arbitres de les révéler.
432. Pour essayer d'appréhender ces éléments de la manière la plus précise possible, les Demanderesses ont essayé d'obtenir de la Défenderesse la communication d'informations concernant les sommes qu'elle avait versé à des membres des Essex Court Chambers⁵⁷⁹.
433. La procédure engagée par les Demanderesses à cette fin devant les juridictions chiliennes a été torpillée par l'État du Chili⁵⁸⁰ après que le 1^{er} Tribunal civil de Santiago ait enjoint au Ministre des AA.EE. en août 2017⁵⁸¹, et le 29 novembre 2017 au Conseil de Défense de l'État⁵⁸², de produire l'information sollicitée par la Fondation Président Allende dans cette procédure de mesure préjudicielles pour responsabilité extracontractuelle⁵⁸³.
434. Par ailleurs, la demande de production de documents déposée par les Demanderesses devant le présent Comité *ad hoc* a été rejetée le 30 août 2018⁵⁸⁴.
435. Dans son ordonnance de procédure n° 2 du 30 août 2018, le Comité a insisté sur le fait que la demande de production de documents des Demanderesses n'était pas pertinente dans la mesure où la Défenderesse ne contestait pas avoir eu recours aux Essex Court Chambers par le passé, et avoir ainsi contribué de manière indirecte à leurs revenus financiers⁵⁸⁵.
436. Le Comité a par ailleurs expliqué que la production des documents sollicités ne permettrait pas de démontrer en quoi les règles prévues par les *IBA Guidelines* concernant l'appréciation des conflits d'intérêts dans une *law firm* seraient applicables

⁵⁷⁸ *Supra*, §§ 126 et s.

⁵⁷⁹ Mémoire en Demande, §§ 158-162.

⁵⁸⁰ **Pièces C110, C208, C220, C221, C283, C315**

⁵⁸¹ **Pièces C181, C182, C191, C208**

⁵⁸² **Pièces C242, C242bis, C243, C244, C208, C245, C283f, C212, C220**

⁵⁸³ *Ibid.*

⁵⁸⁴ Ordonnance de Procédure n° 2 du 30 août 2018.

⁵⁸⁵ Ordonnance de Procédure n° 2 du 30 août 2018, §§ 17-19.

aux Essex Court Chambers⁵⁸⁶, et qu'ils n'étaient pas pertinents pour établir l'absence d'indépendance et d'impartialité des arbitres Berman et Veeder. Sur ce second point, le Comité a expliqué que "*the question is rather whether the arbitrators could and should have revealed them, and what the consequences of non-compliance are*"⁵⁸⁷.

437. Comme les Demanderesses l'ont expliqué dans leurs écritures antérieures⁵⁸⁸, il est justifié d'appliquer, au cas d'espèce, les règles prévues par les IBA Guidelines concernant l'appréciation des conflits d'intérêts dans une *law firm* aux Essex Court Chambers (a). D'autres part, les arbitres MM. Berman et Veeder ont manqué à leurs obligations de révélation (b).

(a) Il n'y a pas de raison de faire une application différenciée des IBA Guidelines au cas d'espèce

438. Les Demanderesses ont longuement démontré dans leurs écritures antérieures en quoi il était justifié, au cas d'espèce, d'appliquer par analogie les IBA Guidelines relatives à la révélation de conflits d'intérêts dans une *law firm* aux Essex Court Chambers⁵⁸⁹.
439. Pour toute réponse, la Défenderesse se contente de critiquer de manière péremptoire l'application par analogie des IBA Guidelines à la situation d'espèce, en s'appuyant sur la lettre des Guidelines⁵⁹⁰.
440. Les Demanderesses ont déjà expliqué dans leurs précédentes écritures que, nonobstant la lettre des *IBA Guidelines* - qui ne sont, en définitive, que des lignes directrices -, il est légitime dans certaines situations de traiter les *chambers* de *barristers* de la même façon que les *law firms*.
441. Deux raisons en particulier justifient cette analogie : d'une part, l'évolution de la promotion réalisée directement les *chambers*, qui se rapproche de celle opérée par les *law firms* (i) et, d'autre part, leur fonctionnement interne qui se rapproche également de celui des *law firms* (ii).

(i) Sur la promotion opérée par les Essex Court Chambers

442. Comme l'a souligné la doctrine⁵⁹¹, la division entre *chambers* et *law firms* tend à s'estomper dès lors que les techniques de promotion et de marketing qu'utilisent aujourd'hui certaines *chambers* ne diffère pas de celles utilisées par les *law firms*. Les premières, comme les secondes, se présentent comme des structures intégrées offrant au public une diversité de services et de compétences juridiques.

⁵⁸⁶ Ordonnance de Procédure n° 2 du 30 août 2018, § 17.

⁵⁸⁷ Ordonnance de Procédure n° 2 du 30 août 2018, § 19.

⁵⁸⁸ Mémoire en Demande, §§ 183 et s.

⁵⁸⁹ *Ibid.*

⁵⁹⁰ Counter-Memorial on Annulment, § 335.

⁵⁹¹ V. les nombreuses références de doctrine citées par les Demanderesses dans leur Mémoire en demande, **pièce C8**, §§ 183 et s.

443. Le cas des Essex Court Chambers, qui constituent l'une des *chambers* les plus actives en matière de contentieux et d'arbitrages internationaux, est particulièrement topique, comme le démontre sa communication aboutie.
444. Comme l'a relevé le tribunal dans l'affaire *Hrvatska Elektroprivreda c. Slovenie* :
- "(...) Chambers themselves have evolved in the modern market place for professional services with the consequence that they often present themselves with a collective connotation. Essex Court Chambers' elaborate website, obviously serving marketing purposes, contains special sections entitled "about us" and "how we operate" and quotes with apparent approval a Law Directory which states that the Chambers are recognized as "a premier commercial operator.. ." ⁵⁹²
445. Une visite sur le site Internet des Essex Court Chambers confirme cette approche promotionnelle.
446. En premier lieu, le site Internet des Essex Court Chambers décrit celles-ci comme faisant partie du "*magic circle*" des *chambers* ⁵⁹³, ce terme étant traditionnellement employé pour désigner un groupe restreint de cabinet d'avocats anglais à forte rentabilité ⁵⁹⁴.
447. En deuxième lieu, les champs de compétence dans lesquels opèrent les Essex Court Chambers sont présentés de manière générique, comme cela se fait pour une *law firm* ⁵⁹⁵ :

⁵⁹² **Pièce CL157** *Hrvatska Elektroprivreda d.d. v. Republic of Slovenia*, ICSID Case No. ARB/05/24, Order Concerning the Participation of Counsel, 6 May 2008, §§17 et s.

⁵⁹³ *The set's profile and reputation as a "magic circle" commercial chambers was confirmed in the late 1960s and 1970s, during which time Mark Saville (later Lord Saville), Johan Steyn (later Lord Steyn), Anthony Colman (later Mr Justice Colman) and John Thomas (later Lord Thomas, the Lord Chief Justice of England and Wales) joined. Since then, Essex Court Chambers has gone from strength to strength, growing in size and international presence whilst maintaining its tradition of excellence.*

⁵⁹⁴ **Pièce C330**, selon le site Wikipedia, "[t]he Magic Circle is an informal term for the five London-headquartered law firms with the largest revenues, the most international work and which consistently outperform most of the rest of the London market on profitability", v. [https://en.wikipedia.org/wiki/Magic_Circle_\(law_firms\)](https://en.wikipedia.org/wiki/Magic_Circle_(law_firms)).

⁵⁹⁵ **Pièce C331**, ci-dessous, capture d'écran du Site Internet des Essex Court Chambers : <https://essexcourt.com/expertise/>.

AREAS OF EXPERTISE

■ Arbitration & related court applications	■ Investment treaty disputes
■ Banking & financial services	■ Media, art, entertainment
■ Civil fraud & asset tracing	■ Mediation
■ Commercial chancery disputes	■ Offshore litigation
■ Commercial dispute resolution	■ Professional negligence
■ Company & insolvency law	■ Public & administrative law
■ Conflict of laws & private international law	■ Public international law
■ Employment	■ Regulatory law & investigations
■ Energy & natural resources	■ Revenue law (including VAT, IPT, duties & excise)
■ European law & competition	■ Ship sale & ship construction disputes
■ Human rights & civil liberties	■ Shipping & admiralty
■ Insurance & reinsurance	■ Unjust enrichment & restitution claims
■ International trade, transport & commodities	

448. En troisième lieu, la page d'accueil du site Internet des Essex Court Chambers contient un bandeau défilant au centre à droite de la page, qui reprend les commentaires élogieux dont a été gratifiée par le passé la *chamber* elle-même⁵⁹⁶. Ainsi peut-on lire:

- *"The go-to set for High Court employment work and complex disputes"*, Legal 500 2016
- *"The first port of call for commercial litigation and arbitration"*, Legal 500 2016
- *"The excellent Essex Court Chambers is full of highly competent counsel at all levels with vast experience and a commercial approach"*, Legal 500 2016
- *"A heavy-hitting set across the commercial litigation space with an excellent and well-deserved reputation"*, Legal 500 2016
- *"They have excellent commercial acumen and the ability to understand every business's needs. They always advise constructively."*, Chambers UK Bar 2016
- *"A strong and reputable set recognized for its members' regular involvement in complex, high-value and legally important disputes."*, Chambers UK Bar 2018
- *"A heavy-hitting set across the commercial litigation space with an excellent and well-deserved reputation."*, Legal 500 2016
- *"A fantastic set overall and a preferred choice in many arbitration and commercial litigation cases."*, Legal 500 2016

⁵⁹⁶ **Pièce C332**, v. le Site Internet des Essex Court Chambers : <https://essexcourt.com/>.

- *"The crème de la crème of the Commercial Bar congregates at Essex Court Chambers, where the work is wide-ranging and the members friendly."* Chambers Student Guide 2015
- *"A leading London set for international arbitration."*, Chambers UK Bar 2016
- *"Extremely bright and able."*, Chambers UK Bar 2016
- *"Essex Court has a superb reputation for its work both at home and abroad, and is noted for its deft handling of highly complex and significant commercial arbitration and litigation across diverse geographical spread."*, Chambers UK Bar 2018

449. En quatrième et dernier lieu, le site Internet des Essex Court Chambers met également en avant les différents prix décernés aux Essex Court Chambers directement. Ainsi en va-t-il :

- Du Who's Who Legal Awards 2018, décerné en mai 2018⁵⁹⁷ ;
- Who's Who Legal UK Bar: Leading Sets 2018, décerné en avril 2018⁵⁹⁸ ;
- The Legal 500 UK Awards 2018, décerné en décembre 2017⁵⁹⁹
- Chambers Bar Awards 2017 – Essex Court Chambers Named International Arbitration Set of the Year, décerné en octobre 2017⁶⁰⁰
- Essex Court Chambers recognised at Law Digest Awards Africa 2016, décerné en novembre 2016⁶⁰¹

⁵⁹⁷ **Pièce C333**, v. le Site Internet des Essex Court Chambers : <https://essexcourt.com/whos-who-legal-awards-2018> : *"Essex Court Chambers has been awarded the Who's Who Legal Set of the Year Award for 2018, in a ceremony held on 8 May 2018 at Plaisterers' Hall. This award is in recognition of the exceptional calibre of work undertaken by members of Chambers over the past year. Last month, Essex Court featured at top of the list of 100 Leading Sets for 2018 in Who's Who Legal's annual analysis. Head of Chambers David Foxton QC and Joint Senior Clerk Joe Ferrigno collected the award last night on behalf of the Members of Essex Court Chambers"*.

⁵⁹⁸ **Pièce C334**, v. le Site Internet des Essex Court Chambers : <https://essexcourt.com/whos-who-legal-uk-bar-leading-sets-2018> : *"Essex Court Chambers has come top of the list of Leading Sets for 2018 in Who's Who Legal's latest analysis. Following thousands of interviews conducted and out of over 100 featured sets, members of Essex Court Chambers featured in the most listings in the country this year, with 72 in total"*.

⁵⁹⁹ V. le Site Internet des Essex Court Chambers : <https://essexcourt.com/legal-500-uk-awards-2018> : *"Essex Court Chambers has won International Arbitration Set of the Year in The Legal 500 Awards 2018. James Willan has been named Commercial Litigation Junior of the Year"*.

⁶⁰⁰ **Pièce C335**, v. le Site Internet des Essex Court Chambers : <https://essexcourt.com/chambers-bar-awards-2017-essex-court-chambers-named-international-arbitration-set-year> : *"Essex Court Chambers picked up the award for International Arbitration Set of the Year at last night's Chambers Bar Awards, for the 13th consecutive year. The awards are based on research for the 2018 edition of Chambers UK Bar and reflect pre-eminence in key practice areas within sets of Chambers. They also reflect notable achievements over the past 12 months including outstanding work, impressive strategic growth and excellence in client service"*.

⁶⁰¹ **Pièce C336**, v. le Site Internet des Essex Court Chambers : <https://essexcourt.com/essex-court-chambers-recognised-law-digest-awards-africa-2016> : *"The 2nd Annual Law Digest Awards took place in Lagos, Nigeria on Friday 4 November. The awards recognise and honour excellence in the African legal services market by*

- Chambers & Partners UK Bar Directory 2017 – Rankings Revealed, 3 November, 2016⁶⁰²,
- Essex Court Success at Chambers Bar Awards 2016, 28 October, 2016⁶⁰³,
- Essex Court wins Chambers of the Year at the Lawyer Awards 2016, 30 June, 2016⁶⁰⁴,
- Essex Court wins Chambers of the Year at the Lawyer Awards 2016, 30 June, 2016⁶⁰⁵,

450. En définitive, la communication effectuée par les Essex Court Chambers est sensiblement du même type que celle effectuée par des *law firms* d'envergure internationale. Il suffit pour s'en convaincre d'effectuer un visite rapide sur les sites Internet des conseils des parties dans la présente procédure⁶⁰⁶.

451. Cette promotion opérée par la *chamber* elle-même a un impact direct sur les *barristers* qui en sont membres.

assessing the contributions of individual lawyers, law firms and in-house teams. Following several years of implementing training placements for young African lawyers, alongside other initiatives including overseas development trips to Kenya, Uganda and Nigeria, Essex Court Chambers and law firm Stephenson Harwood have been recognised as pioneers in this field and named as 'Strategic Partners of the Year 2016'.

⁶⁰² **Pièce C337**, v. le Site Internet des Essex Court Chambers : <https://essexcourt.com/chambers-partners-uk-bar-directory-2017-rankings-revealed> : "Published on 1 November, the 2017 edition of the Chambers & Partners UK Bar directory describes Essex Court Chambers as a "gold standard commercial set. Essex Court is one of the most highly ranked sets in the UK with listings in the following 10 practice areas, including 4 in the Top Tier: Banking & Finance, Commercial Dispute Resolution, Employment, Energy & Natural Resources, Fraud: Civil, Insurance, International Arbitration: General Commercial & Insurance, Public International Law, Shipping & Commodities, Tax: Indirect Tax. Ranked as a Top Tier set in Commercial Dispute Resolution, International Arbitration: General Commercial & Insurance, Fraud: Civil, and Public International Law, Essex Court is noted for having "tremendous commercial and legal experience right across their ranks and together represent a real powerhouse of a team".

⁶⁰³ **Pièce C338**, v. le Site Internet des Essex Court Chambers : <https://essexcourt.com/essex-court-success-chambers-bar-awards-2016> : "Essex Court Chambers collected the award for International Arbitration Set of the Year at last night's Chambers Bar Awards, for the 12th consecutive year. (...) James Willan won International Arbitration Junior of the Year, following a busy year".

⁶⁰⁴ **Pièce C339**, v. le Site Internet des Essex Court Chambers : <https://essexcourt.com/legal-500-uk-bar-2016-essex-court-chambers-increases-number-top-tier-rankings> : "Launched today, The Legal 500 UK Bar 2016 reveals that Essex Court Chambers is 'the first port of call for commercial litigation and arbitration', and has further strength in employment, shipping, tax, public international law and insurance matters. Named in the top five UK sets with the most set rankings, most Top-tier rankings and most Silks rankings, with 36 QCs and 22 juniors are listed overall. Essex Court has been recommended as a TOP-TIER set in the following 7 practice areas: Commercial Litigation, Employment, Fraud: Civil, International Arbitration: Arbitrators, International Arbitration: Counsel, Public International Law, Tax – corporate and VAT".

⁶⁰⁵ **Pièce C340**, v. <https://essexcourt.com/essex-court-wins-chambers-year-lawyer-awards-2016> : "Essex Court Chambers has been named Chambers of the Year 2016 at The Lawyer Awards, which took place on 29th June. Chambers' commitment to social mobility issues was noted, as well as the quality of work undertaken, including multiple high profile cases in the past 12 months. Essex Court were also commended for their creativity and sensitivity on fee issues and intelligent business development initiatives".

⁶⁰⁶ V. par exemple, pour les Demanderesses : <https://www.gide.com> ; et pour la Défenderesse : <https://www.arnoldporter.com>.

452. Comme le résume clairement un auteur :

" The use of advertisements alone seriously impeaches the sweeping assertion that these are merely "independent self-employed practitioners". A reasonable complainant viewing these advertisements could understandably harbour doubts as to the barristers' ability impartially to judge their fellow members of chambers. Indeed, barristers that tout their skills as a unit may fairly be said to have a stake in the success of their fellow barrister" (nous soulignons)⁶⁰⁷.

453. Par ailleurs, une part non négligeable de la rémunération reçue sur un dossier et donc *a priori* au bénéfice d'un ou de quelques barristers seulement est reversée à la *chamber* pour couvrir les frais de la structure⁶⁰⁸. S'ils servent en règle générale à rémunérer les *clerks* et autres employés communs à la structure, à mesure que le marketing des *chambers* se développent ces frais servent également à financer les activités de communication et de promotion effectuées par la *chamber*.

454. Il résulte des développements ci-dessus que, par la communication et la promotion effectuée par la *chamber*, la réputation de celle-ci rejaillit sur chacun de ses membres, et *vice-versa*, la réputation personnelle d'un *barrister* bénéficie à la *chamber* au sein de laquelle il exerce.

(ii) Sur le fonctionnement des Essex Court Chambers

455. Nonobstant l'absence de réponse des Essex Court Chambers aux courriers que leur ont adressés les Demanderesses, les informations disponibles au public permettent d'apprécier que l'organisation interne de celles-ci ne diffère pas substantiellement de celles de *law firms*, et ce en dépit du fait que les *barristers* sont, en pratique, des praticiens indépendants.

456. Ainsi, comme cela est typiquement le cas dans des *law firms*, des équipes sont formées en interne entre les *barristers* pour traiter les dossiers. De façon similaire à ce qui existe dans une *law firm*, où un ou plusieurs *partners* sont souvent assistés par des *junior partners*, et des *associates*, les plus jeunes *barristers* assistent souvent les plus expérimentés :

"From a very early stage, tenants of Essex Court Chambers are typically given a great degree of responsibility for the cases they work on. Some cases will

⁶⁰⁷ Pièce CL154 - A. H. Merjian, "Caveat arbitror : Laker Airways and the Appointment of Barristers as Arbitrators in Cases Involving Barrister-Advocates from the Same Chambers", *Journal of International Arbitration*, 2000, pp. 31-70.

⁶⁰⁸ Pièce CL343, Green (M.)- Robertson (E.A.), *associate at BDO Stoy Hayward et director at Falcon Chambers*, respectivement, "Running a profitable set of chambers", article publié le 14 février 2003 dans *Reporter* 153 NLJ 209 : "Chambers are financed by contributions from members. The 2002 BDO Stoy Hayward Survey of Barristers' Chambers found that the most popular way of calculating contributions was to take a percentage of the member's income" ; v. également Pièce CL346, Smith (C.), "Mansfield team move chambers", un article publié le 9 novembre 2015 dans *Reporter LS Gaz*, 9 Nov, 6 (2), qui relève que les *Chambers* bénéficient des contributions des *barristers* à leur frais en proportion des honoraires perçus par ces derniers, d'en moyenne 25%.

involve a tenant being solely instructed, and others will involve the tenant working as part of a team of barristers, the latter often with other members of Chambers. There are regular opportunities for oral advocacy"⁶⁰⁹.

457. Par ailleurs, de même que les stagiaires ou *trainees* des law firms travaillent en règle générale pour plusieurs avocats, les *pupils*, une fois formés auprès d'un *barrister* référent pendant une durée de trois à quatre mois, commencent un système de rotation qui leur permettra de travailler auprès de six autres *barristers* :

"Pupils sit with their main supervisor for the first three to four months and have the chance to 'learn the ropes and ease into pupillage, which gradually builds in intensity'.

(...)

After Christmas pupils enter the 'rota'. "It's called the rota because you rotate around six supervisors." Pupils spend around three weeks with each"⁶¹⁰.

458. Dès lors, là encore, la manière de travailler des *barristers* au sein des Essex Court Chambers ne diffère pas substantiellement de celle observée dans des *law firms*.
459. Pour les raisons exposées ci-dessus, il n'y a pas de raison de traiter les Essex Court Chambers différemment d'une *law firm* du point de vue des conflits d'intérêts et de l'obligation de révélation de ses membres nommés arbitres.
460. Comme les Demanderesses l'ont démontré dans leurs écritures antérieures, sans que cela soit critiqué par la Défenderesse, la situation dans laquelle se seraient trouvés MM. Berman et Veeder s'ils avaient exercé dans une *law firm* aurait constitué un conflit d'intérêts figurant dans la *Non-Waivable Red List*, la *Red List*, ou la *Orange List*⁶¹¹.
461. Dans ces conditions, et comme il sera exposé ci-après, les arbitres Berman et Veeder ont manqué à leurs obligations de révélation.

(b) Les arbitres Berman et Veeder ont manqué à leurs obligations de révélation

462. Il a été rappelé ci-avant que, dans son Ordonnance de Procédure n° 2 du 30 août 2018, le Comité a mis en avant le fait que "the question is rather whether the arbitrators could and should have revealed them, and what the consequences of non-compliance are"⁶¹².

⁶⁰⁹ C341, v. le Site Internet des Essex Court Chambers : <https://essexcourt.com/pupillage/life-as-a-tenant/>.

⁶¹⁰ Pièce C325, Fiche des Essex Court Chambers sur le site Internet Chambers Student : <https://www.chambersstudent.co.uk/essex-court-chambers/true-picture/10389/2##true-picture>.

⁶¹¹ Mémoire en Demande, §§ 174 et s.

⁶¹² Ordonnance de Procédure n° 2 du 30 août 2018, § 19.

463. Ces questions ont déjà été abordées de manière détaillée dans leur Mémoire en demande⁶¹³.
464. La réponse à la première interrogation du Comité ("*les arbitres pouvaient-ils révéler les liens financiers entre la Défenderesse et d'autres membres des Essex Court Chambers*"?) appelle deux séries de remarques.
465. La première concerne la connaissance effective ou présumée des liens entre la Défenderesse et des membres des Essex Court Chambers par les arbitres Berman et Veeder.
466. Le Comité se souviendra que, dans la réponse qu'ils avaient apporté aux interrogations des Demanderesses, MM. Berman et Veeder avaient souligné que, du fait de l'exercice indépendant de chaque *barrister*, et des règles de confidentialité qui régissent cette profession, ils n'avaient pas connaissance, ou n'auraient pas pu avoir connaissance des liens financiers en question.
467. Ainsi, dans son courrier du 17 octobre 2016, M. Berman a ainsi expliqué au conseil des Demanderesses que :

"You are, I am sure, aware that an English barristers' chambers is not a law firm, and that all barristers in chambers operate in strict independence of one another, with the sole exception of the circumstance in which more than one of them is retained by the same client to act in the same matter. I would not therefore in any case be able to answer your questions, as the governing rules impose on each barrister the strictest confidence over the affairs of his clients, so that it would be prohibited for me to make enquiries of fellow members of chambers about the work undertaken by them"⁶¹⁴.

468. Dans son courrier du 17 octobre 2016, M. Veeder a pour sa part expliqué que :

"Étant donné que tous les barristers de Essex Court Chambers (comme d'autres chambers en Angleterre et au Pays de Galles) exercent à titre individuel et ne constituent donc pas une « law firm », un « partnership » ou une « company », je regrette de ne pas être en mesure de vous répondre. D'après le Code of Conduct du Bar Standards Board, chaque barrister est indépendant et « must keep the affairs of each client confidential » (Core Duty 6). En bref, ces informations confidentielles, quelles qu'elles soient, ne peuvent être ni ne sont connues de moi"⁶¹⁵.

⁶¹³ Mémoire en Demande, §§ 203 et s. Voir également la déclaration à valeur de témoignage et consultation juridique de Mr. Toby Cadman, membre de Guernica 37 International Justice Chambers, Londres, et conseil des Demanderesses (**pièce C313**)

⁶¹⁴ **Pièce C119**, Décision du Président du Conseil administratif du 21 février 2017, § 13 ; **Pièce RA-21**, Courrier de M. Berman aux Demanderesses du 17 octobre 2016.

⁶¹⁵ **Pièce C119**, Décision du Président du Conseil administratif du 21 février 2017, § 14 ; **Pièce RA-22**, Courrier de M. Veeder aux Demanderesses du 17 octobre 2016.

469. Que les arbitres n'aient pas connaissance des montants précis en cause peut se comprendre. Qu'ils prétendent n'avoir pas eu connaissance de l'intervention de leurs collègues pour la République du Chili relève en revanche de la gageure.
470. Comme il a été démontré par les Demanderesses dans leurs écritures antérieures⁶¹⁶, et comme il le sera rappelé ci-après, l'obligation des arbitres s'étend aux faits du domaine public, et l'arbitre est considéré comme étant dans une meilleure position que les parties pour avoir accès à ces informations⁶¹⁷.
471. Il a été démontré ci-avant⁶¹⁸ qu'au vu des informations disponibles dans la presse chilienne à l'époque, le travail de rattachement de chaque conseil de la Défenderesse à une *law firm* ou *chamber* spécifique aurait été particulièrement fastidieux, irraisonnable et disproportionné pour les Demanderesses.
472. Une telle limite ne s'impose pas aux arbitres qui, par hypothèse, connaissent personnellement les autres membres de leurs *chambers*.
473. Par ailleurs, il a été démontré ci-dessus qu'il est commun pour des barristers de constituer des équipes de travail en interne, et d'avoir une rotation parmi les *pupils*⁶¹⁹. Du fait de ces mouvements de personnes, il est également raisonnable de considérer que l'information circule, et que MM. Berman et Veeder ont donc été informé de ce que certains de leurs collègues représentaient la République du Chili dans d'autres affaires⁶²⁰.
474. Dès lors, la connaissance, même sommaire, par MM. Berman et Veeder, des liens entre la République du Chili et d'autres membres des Essex Court Chambers ne fait pas de doute, et il leur aurait été possible d'enquêter plus avant sur ces faits.
475. La seconde concerne une éventuelle interdiction qui aurait été faite à MM. Berman et Veeder de révéler les informations dont ils avaient connaissance relatives aux liens entre la Défenderesse et certains membres des Essex Court Chambers.
476. Sur ce point, force est de constater que ni la Convention, ni le Règlement d'arbitrage ne comportent de disposition limitant les informations qui peuvent être révélés par les arbitres.
477. Rien n'interdisait dès lors aux arbitres Berman et Veeder de révéler, même de manière sommaire, de façon à se conformer aux règles régissant l'exercice de leur

⁶¹⁶ Requête en annulation, §§ 88 et s. ; Mémoire en Demande, §§ 211 et s.

⁶¹⁷ **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.

⁶¹⁸ *Supra*, §§ 126 et s.

⁶¹⁹ *Supra*, §§ 189 et s.

⁶²⁰ Les articles de doctrine produites par les Demanderesses permettent également d'apprécier que la vie quotidienne d'un barrister est ponctuée d'échanges entre collègues sur la vie de leurs dossiers : v. **Pièce CL342**, Aamodt (A.), *A life in the day*, Reporter, 166 NLJ 7692, p. 22 : "*My morning will invariably be punctuated by people dropping in for a chat. Barristers love to natter, and the conversations will invariably involve stories about a recent courtroom victory or defeat, or an unreasonable client/opponent/judge/solicitor*".

profession, l'implication de certains membres des Essex Court Chambers dans la défense de la République du Chili dans d'autres procédures.

478. Dès lors, il est établi que les arbitres Berman et Veeder pouvaient révéler les relations litigieuses entre certains membres des Essex Court Chambers et la République du Chili.
479. La réponse à la seconde question du Comité ("*les arbitres devaient-ils révéler les liens financiers entre la Défenderesse et d'autres membres des Essex Court Chambers*"?) a déjà été traitée par les Demanderesses dans leur écritures précédentes⁶²¹.
480. Il a ainsi été démontré que l'obligation de révélation à laquelle sont soumis les arbitres agissant dans le cadre de la Convention CIRDI est particulièrement large, qu'elle vise en particulier "*toute autre circonstance qui pourrait conduire une partie à mettre en cause [l'indépendance d'un arbitre]*"⁶²², de même que les faits faisant partie du domaine public⁶²³.
481. Il a également été démontré que les liens entre certains membres des Essex Court Chambers et la République du Chili constituent bien une circonstance qui pourrait conduire une partie à mettre en cause l'indépendance et l'impartialité d'un arbitre⁶²⁴.
482. Dès lors, il est établi que les arbitres Berman et Veeder auraient dû révéler les relations entre certains membres des Essex Court Chambers et la République du Chili et que, ne l'ayant pas fait, ils ont manqué aux obligations de révélation leur incombant au terme de la Convention et du Règlement.
483. Pour toute réponse, la Défenderesse soutient dans son Counter-Memorial on Annulment qu'il n'y aurait pour les arbitres en question pas de situation de conflit d'intérêts⁶²⁵. Selon la Défenderesse, puisqu'il est possible en pratique pour deux *barristers* d'une même *chamber* d'apparaître comme arbitre et conseil dans un même cas sans que cela ne remette en cause leur indépendance et leur impartialité, il en irait *a fortiori* de même lorsque des membres de la même *chamber* qu'un arbitre ont représenté l'une des parties à l'arbitrage dans une procédure différente⁶²⁶.
484. Le raccourci que cherche à opérer la Défenderesse est infondé.
485. En effet, l'hypothèse dans laquelle deux *barristers* d'une même *chamber* représentent des parties opposées au cours du même arbitrage, ou agissent respectivement en qualité de conseil et d'arbitre au cours du même arbitrage est bien différente du cas d'espèce.

⁶²¹ Requête en annulation, §§ 88 et s. ; Mémoire en Demande, §§ 204 et s.

⁶²² Article 6(2) du Règlement.

⁶²³ Requête en annulation, §§ 88 et s. ; Mémoire en Demande, §§ 211 et s.

⁶²⁴ Mémoire en Demande, §§ 174 et s.

⁶²⁵ Counter-Memorial on Annulment, § 334.

⁶²⁶ Counter-Memorial on Annulment, § 334.

486. Là où, dans la première situation, les liens entre les *barristers* impliqués dans la procédure sont parfaitement transparents et visibles, au cas d'espèce, c'est justement le caractère opaque et occulte des liens entre l'une des parties à l'arbitrage et des membres de la *chamber* dont sont issus deux des arbitres qui est critiqué.
487. Par ailleurs, les pratiques décrites par la Défenderesse, pour admises qu'elles soient au Royaume-Uni, nécessitent certaines adaptations pour être appliquées sereinement lors de procédures d'arbitrage international impliquant des parties qui n'en sont pas familières.
488. Comme l'a reconnu le *Bar Standard Board*, l'organisme qui organise et régit la profession de *barrister* au Royaume-Uni dans une note d'information relative au recours aux *barristers* dans l'arbitrage international en date du 6 juillet 2015 :

"It is also the case that different types of dispute require different approaches, and barristers should remain alive to the varying expectations, backgrounds and cultures of those who utilise arbitration. Many arbitrations involving English and Welsh barristers may have little or no connection with England and Wales or English and Welsh law. By way of example, international investment arbitrations, or public international law disputes, may involve barristers as arbitrators or Counsel but may be located outside England and Wales and may involve consideration of other national legal systems or indeed international or supra-national legal regimes. Such arbitrations may require a different approach from that which would be involved in a purely domestic setting" (nous soulignons)⁶²⁷.

489. Dès lors, la pratique locale des *barristers* au Royaume-Uni est indifférente pour apprécier si, dans un arbitrage international découlant de la mise en œuvre d'un traité bilatéral d'investissement impliquant des parties de tradition juridique civiliste, l'existence de liens financiers entre l'une des parties à l'arbitrage et des *barristers* membres de la même *chamber* que l'un des arbitres est susceptible de constituer pour ce dernier un conflit d'intérêts.
490. Il découle de ce qui précède que les arbitres MM. Berman et Veeder pouvaient et devaient révéler l'existence de liens financiers entre la République du Chili et certains membres des Essex Court Chambers avant et pendant la procédure de Resoumission.
491. L'absence de révélation de ces informations est à l'origine d'un doute raisonnable sur l'indépendance et l'impartialité des arbitres qui justifie l'annulation de la Sentence.

⁶²⁷ **Pièce C326**, Note d'information du *Bar Standard Board* relative au recours aux *barristers* dans l'arbitrage international en date du 6 juillet 2015, accessible sur https://www.barcouncil.org.uk/media/376302/bc_information_note_-_perceived_conflicts_in_international_arbitration_-_060715.pdf

9.2.4.2 Les doutes raisonnables sur l'indépendance et l'impartialité des arbitres MM. Berman et Veeder justifient l'annulation de la Sentence

492. L'existence de liens entre la Défenderesse et certains membres des Essex Court Chambers constitue pour MM. Berman et Veeder un conflit apparent objectif d'intérêts.
493. En effet, il a été démontré ci-avant que :
- Sur une période de plus de dix ans, couvrant l'intégralité de la procédure de Resoumission, la Défenderesse a eu recours à des *barristers* des Essex Court Chambers pour sa défense dans trois procédures devant la Cour Internationale de Justice⁶²⁸ et dans des procédures devant des tribunaux étatiques;
 - Les liens financiers qui en ont résulté s'ils ne sont pas connus de manière précise, se chiffrent en millions ou probablement en dizaine de millions de dollars⁶²⁹ ;
 - Les arbitres Berman et Veeder ne pouvaient ignorer l'existence de tels liens⁶³⁰ ;
 - Les liens financiers entre une partie à l'arbitrage et l'un des arbitres ou le cabinet dans lequel exerce celui-ci constitue, selon les cas, l'un des indices les plus graves de l'existence d'un conflit d'intérêts⁶³¹ ;
 - De par l'organisation des Essex Court Chambers et la promotion qu'elle effectue, l'ensemble des *barristers* qui en sont membres ont un intérêt personnel à ce que chacun des autres membres de la *chamber* réussisse le mieux possible, ce qui renforcera la réputation de la *chamber* et, par extension, la leur propre⁶³².
494. Par conséquent, au cas d'espèce, les affaires traitées par des membres des Essex Court Chambers pour le compte de la Défenderesse avant et pendant la Procédure de resoumission ont eu un impact direct sur MM. Berman et Veeder.
495. Les arbitres Berman et Veeder avaient donc un intérêt direct à ce que la République du Chili, client que l'on peut qualifier de stratégique⁶³³, soit représentée dans d'autres procédures par des membres des Essex Court Chambers.
496. Dès lors, la représentation de la Défenderesse par des membres des Essex Court Chambers à l'époque où MM. Berman et Veeder siégeaient en tant qu'arbitres au cours de la procédure de Resoumission constituaient pour ceux-ci un conflit apparent objectif d'intérêts.

⁶²⁸ *Supra*, §§ 422 et s.

⁶²⁹ *Supra*, §§ 426-427

⁶³⁰ *Supra*, §§ 465 et s.

⁶³¹ *Supra*, § 460 ; Mémoire en Demande, §§ 174 et s.

⁶³² *Supra*, §§ 451 et s.

⁶³³ *Supra*, § 428.

497. Ce conflit apparent objectif d'intérêt aurait dû être révélé⁶³⁴ et ne l'a pas été.
498. L'ensemble des circonstances rappelées ci-avant constituent, selon la formule employée par le comité dans l'affaire *EDF International et al. c. Argentine*, des "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"⁶³⁵.
499. Dès lors que des doutes existent sur l'indépendance et l'impartialité de la majorité des membres du Tribunal de resoumission, cela a des conséquences graves sur la Sentence, qui ne peut être considérée comme ayant été rendue par un tribunal indépendant et impartial.
500. Dans ces conditions, comme l'a rappelé le comité dans l'affaire *EDF International et al. c. Argentine*, l'annulation de la Sentence peut être prononcée sur le fondement des articles 52(1)(a) et (d) de la Convention.
501. En effet, le comité dans l'affaire *EDF International et al. c. Argentine*, a tout d'abord déterminé quel était le standard applicable - et rappelé *supra* - en vertu de l'article 14(1) de la Convention :
- "In the opinion of the Committee, the standard applied under Article 14(1) is whether a reasonable third party, with knowledge of all the facts, would consider that there were reasonable grounds for doubting that an arbitrator possessed the requisite qualities of independence and impartiality"⁶³⁶.
502. Il a ensuite déterminé qu'une violation de ce standard pouvait donner lieu à l'annulation d'une sentence sur le fondement de l'article 52(1)(d) de la Convention, en considérant que :
- "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

⁶³⁴ *Supra*, §§ 479 et s.

⁶³⁵ **Pièce C103**, *EDF International S.A., SAUR International S.A. , León Participaciones Argentinas S.A. c. République d'Argentine*, Affaire CIRDI n° ARB/03/23, Décision sur l'annulation, 5 février 2016, § 136

⁶³⁶ **Ibid.**, § 111

a serious departure from a fundamental rule of procedure in the arbitration as a whole⁶³⁷.

(...)

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 independence⁶³⁸.

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)"⁶³⁹.

503. Il a également déterminé qu'une violation de ce standard pouvait donner lieu à l'annulation d'une sentence sur le fondement de l'article 52(1)(a) de la Convention, en considérant que :

"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).

Moreover, 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"⁶⁴⁰.

504. Il résulte de la démonstration ci-dessus que la Sentence a été rendue par un tribunal dont l'indépendance et l'impartialité n'est pas garantie.
505. Les Demanderesses sollicitent respectueusement du Comité *ad hoc* que, dans ces conditions, il prononce l'annulation de l'intégralité de la Sentence en application des articles 52(1)(a) et 52(1)(d) de la Convention.

⁶³⁷ *Ibid.*, EDF International S.A., SAUR International S.A., León Participaciones Argentinas S.A. c. République d'Argentine, Affaire CIRDI n° ARB/03/23, Décision sur l'annulation, 5 février 2016, § 123

⁶³⁸ *Ibid.*, § 124

⁶³⁹ *Ibid.*, § 125

⁶⁴⁰ *Ibid.*, § 127

10. LES CONCLUSIONS DES DEMANDERESSES EN DÉFENSE DE L'INTÉGRITÉ ET DE L'ÉQUITÉ DE LA PROCÉDURE LORS DE L'INCIDENT SURVENU LES 12, 15 ET 16 FÉVRIER 2018 ONT ÉTÉ CONFIRMÉES

506. Les Demanderesses confirment leurs conclusions relatives à l'incident survenu les 12, 15 et 16 février 2018, réitérées dans leur Mémoire du 27 avril 2018⁶⁴¹, pour les motifs ci-après.
507. Comme il a été indiqué dans le Mémoire en annulation du 27 avril 2018⁶⁴², l'injonction du 28^{ème} Tribunal Civil de Santiago a ordonné le 24 juillet 2017⁶⁴³ au Ministère des AA.EE. de produire les détails des paiements effectués aux membres des *Essex Court Chambers*.
508. Cette injonction a été notifiée en août 2017 au Ministère des AA.EE.⁶⁴⁴ et ensuite, le 29 novembre 2017⁶⁴⁵, au Conseil de Défense de l'État -représentant l'État dans la procédure de mesure préjudicielles pour responsabilité extracontractuelle- sans considérer le Juge que les documents seraient «confidentiels»⁶⁴⁶.
509. L'État du Chili a communiqué le 12 février 2018 au présent Comité *ad hoc*⁶⁴⁷:

*Claimants' sixth argument appears to be that the Committee's intervention is necessary to give effect to a Chilean court order that (according to Claimants) requires production of the requested documents. However, the court order in question was **vacated** on procedural grounds more than **two months** before Claimants submitted their Document Request to the Committee⁶⁴⁸, and the Chilean courts currently are reviewing Claimants' assertion that "d'après la loi chilienne l'investisseur a droit aux documents qui font l'objet de la demande" Because, as Claimants note, "le Comité ad hoc n'a pas le pouvoir de contrainte sur les autorités chiliennes dont disposent les juridictions internes," Claimants' discussion of this issue amounts to a misleading red herring.*

[Souligné dans l'original]

⁶⁴¹ Voir les §§5 et 759(2)

⁶⁴² Voir le §144

⁶⁴³ Voir la Requête en annulation, §180, les lettres des Demanderesses au présent Comité *ad hoc* des 21 décembre 2017 (§§16-1926) et 2 février 2018 (§§3, 15) et les **pièces C110, C284f, C290f et C292f**

⁶⁴⁴ **Pièces C181, C182, C191, C208**

⁶⁴⁵ **Pièces C242, C242bis, C243, C244, C208, C245, C283f, C212, C220**

⁶⁴⁶ **Pièces C184, C110, C242, C191, C220, C221, C242, C242bis, C243, C244, C245**

⁶⁴⁷ V. la communication 2018-02-12 *Chile's Second Submission on Preliminary Issues*, §13

⁶⁴⁸ Les Demanderesses ont formulé leur demande de production de documents le 21 décembre 2017

510. Les Demanderesses ayant formulé leur demande de production de documents le 21 décembre 2017, l'État a fondé son accusation de *misleading* en affirmant que le Juge aurait ***vacated*** cette injonction deux mois auparavant.
511. L'État du Chili a réitéré les 15⁶⁴⁹ et 16 février 2018⁶⁵⁰, lors de la 1^{ère} réunion du présent Comité *ad hoc* avec les parties, que l'injonction du Juge de Santiago était ***vacated*** depuis octobre 2017, a présenté la référence contraire faite par les Demanderesses dans leurs écritures comme une imposture, a essayé de faire croire au Comité *ad hoc* que la représentation des Demanderesses aurait pu manquer à l'éthique professionnelle en questionnant sans ambages l'inexactitude de ladite communication du 12 février 2018 soumise par le Défendeur, et cette image virtuelle ayant ainsi été créée, il a prétendu que tel manquements seraient pléthores, et avérés, depuis le début de l'arbitrage, sans qu'il en soit rien.
512. Le 27 avril suivant les Demanderesses ont produit la preuve judiciairement établie du fait que l'injonction n'avait pas été ***vacated*** en octobre 2017⁶⁵¹ et les fondements en droit⁶⁵² de leur demande respectueuse au présent Comité *ad hoc*.
513. Dans son *Counter-Memorial* du 20 juillet 2018 l'État du Chili n'a nullement prouvé que ladite injonction du 24 juillet 2017 aurait été ***vacated*** en octobre 2017 (la section IV(A) ne mention plus ce verbe ni cette date).
514. Qui plus est, la pression de l'État sur le Juge de Santiago a continué jusqu'à ce que celui-ci accepte de considérer, le 20 avril 2018⁶⁵³, que la documentation que l'injonction ordonnait de produire serait confidentielle, tout en appliquant dans sa Décision l'article 277⁶⁵⁴ du Code de Procédure Civile relatif à la « désobéissance ».⁶⁵⁵

⁶⁴⁹ V. la communication de l'État du Chili du 15 février 2018

⁶⁵⁰ V. la transcription de l'audience du 16 février 2018, pages 70, 83-90, 94, 97, 99, 100-102, 135, 136, 139, 140, 141, 142, 143, 144, 145, 146, 147, 149 et les extraits *verbatim* des manifestations de l'État du Chili dans la Demande du 27 avril 2018 des Demanderesses en défense de l'intégrité et de l'équité de la procédure, §15

⁶⁵¹ V. les **pièces C283, C284, C291**,

⁶⁵² V. les pièces **CL246 à CL251**

⁶⁵³ **Pièces C110, C208, C220, C221, C283**

⁶⁵⁴ “ **Art. 277** (267). *S'il y avait lieu aux mesures mentionnées aux numéros 3° et 4° de l'article 273 et que la personne à qui en incombe l'accomplissement désobéissait, alors que se trouvent en son pouvoir les instruments ou livres auxquels les mesures font référence, elle perdra le droit de les faire valoir après, sauf si l'autre partie les faisait également valoir à l'appui de sa défense, ou si elle se justifie ou qu'il apparaît manifestement qu'elle ne pouvait les produire plus tôt, ou s'ils font référence à des faits distincts de ceux qui ont motivé la demande de production. Cela s'entend sans préjudice de ce que dispose l'article précédent et le paragraphe 2° Titre II du Livre I du Code de Commerce* » ; “Siempre que se dé lugar a las medidas mencionadas en los números 3° y 4° del artículo 273, y la persona a quien incumba su cumplimiento desobedezca, existiendo en su poder los instrumentos o libros a que las medidas se refieren, perderá el derecho de hacerlos valer después, salvo que la otra parte los haga también valer en apoyo de su defensa, o si se justifica o aparece de manifiesto que no los pudo exhibir antes, o si se refieren a hechos distintos de aquellos que motivaron la solicitud de exhibición. Lo cual se entiende sin perjuicio de lo dispuesto en el artículo precedente y en el párrafo 2°, Título II, del Libro I del Código de Comercio” [Soulignement ajouté]

⁶⁵⁵ **Pièce C284f**

515. Cependant le *Counter-Memorial* persiste à fonder ses arguments à l'appui de ses prétentions établies à partir de l'attribution aux Demanderesses de faits dont la preuve du contraire est manifeste et figure dans le dossier, par exemple :

Communications des Demanderesses entre le 27 avril et le 16 mai 2018	<i>Counter-Memorial</i> du 20 juillet 2018 de l'État du Chili, §418
Le <u>Mémoire du 27 avril 2018</u> (§144)⁶⁵⁶ fait état - de la décision du 20 avril 2018 du 28ème Tribunal civil de Santiago (pièce C284), -de l'appel du 25 avril 2018 (pièce C290)⁶⁵⁷, et -de la décision du Tribunal du 2 mai 2018 faisant droit à l'appel du 25 avril (pièce C292)⁶⁵⁸	§418 (d): <i>The letter [of 27 April 2018] ... fails to disclose to the Committee a key recent development on that issue: that the Chilean court on 20 April 2018 issued a resolution accepting Chile's invocation of confidentiality privilege.</i> <i>Not only that, but on 25 April 2018 (i.e., two days before their 27 April 2018 letter to this Committee), Claimants' counsel in Chile, Mr. Víctor Araya, filed an appeal of that decision, asking that the Court of Appeals reverse the decision in which the lower court had accepted the confidentiality privilege. In their 27 April 2018 letter, Claimants also failed to mention this appeal — even though it had just been filed two days earlier. (...)</i>
Le <u>3 mai 2018</u> les Demanderesses ont communiqué par messagerie urgente la version sur papier du Mémoire, et comme pièce jointe la décision du Tribunal du 2 mai 2018 (C292) donnant suite à l'appel du 25 avril, décision reçue à Madrid lorsque le Mémoire était déjà	[Ibid.] <i>Further, Claimants' concealment from the Committee of the court's [20 April 2018] confidentiality determination, and of their own local counsel's appeal of that decision, is deplorable because this information was obviously relevant to Claimants' original accusation against Chile, and because it must be assumed that the omission was conscious</i>

⁶⁵⁶ Mémoire du 27 avril 2018 : §144: “Ces précisions, intervenues après la reddition des Première et Seconde décisions sur la récusation des arbitres, constituent ainsi des éléments nouveaux qui militent en faveur d'une réouverture complète de la question, au même titre que la décision du 28e Tribunal Civil de Santiago du 24 août 2017 ayant ordonné au Chili de produire les détails des paiements effectués par l'État chilien aux membres des Essex Court Chambers, injonction à laquelle le Chili s'est employé à résister depuis [nbp 108 : pièces C110, C208, C220, C221, C283], jusqu'à obtenir que **le 20 avril 2018** ce Tribunal, sans avoir pris connaissance du contenu de ces informations, les ait considérées « confidentielles » [nbp 109 : **pièce C284**] après avoir statué le contraire entre le 24 juillet 2017 et le 20 avril 2018 [nbp 110 : pièces C184, C110, C242, C191, C220, C221, C242, C242bis, C243, C244, C245]. La Fondation Président Allende a formé un **appel le 25 avril suivant**. [nbp 111: **pièce C290**].” [Caractères appuyés ajoutés].

⁶⁵⁷ **Pièce C284f**

⁶⁵⁷ La **pièce C290f** a été communiquée au présent Comité *ad hoc* et à l'État du Chili le 27 avril 2018

⁶⁵⁸ Les audiences de l'appel ont eu lieu le 11 septembre 2018 (v. les **pièces C315f** et **C315e**), la Cour d'Appel de Santiago n'a pas communiqué sa décision à la Fondation espagnole demanderesse

imprimé et dans le colis qui était sur le point d'être remis au messenger (ce qu'elles ont communiqué au Comité <i>ad hoc</i> et à l'État dans leur lettre du 3 mai, §4).⁶⁵⁹ Le <u>16 mai 2018</u> Mme. la Secrétaire du 2nd Comité <i>ad hoc</i> a communiqué par courriel aux parties 1) la lettre du 15 mai, accusant réception de la version sur papier des pièces C284, C290 et C292, de même que « le Comité m'a demandé de confirmer aux parties qu'il a bien reçu la nouvelle pièce C292 des Demanderesses. (...) » 2) Le courriel du <u>16 mai</u> des Demanderesses, diffusant la version électronique en espagnol et français de la pièce C292, communiquée ce jour par les Demanderesses. [Caractères appuyés ajoutés]	<i>and deliberate, since those developments had just occurred and were therefore fresh on Claimants' minds</i> [Conclusion de la précédente image virtuelle inexacte] <i>420. Finally, Chile notes that this episode aptly illustrates several of the phenomena that have rendered this dispute so lengthy, controversial, and costly: (i) Claimants' practice of lobbying serious but baseless accusations, and then repeating those accusations <i>ad nauseam</i> — even after they have been disproven; (ii) Claimants' utter disregard for the truth, and their evident belief that “the ends justify the means”; (iii) Claimants' boldness in accusing others of the very practices and improprieties in which they themselves incur (including, in particular, “guerrilla tactics” — of which their recent fraud accusations constitute a paradigmatic example); (iv) Claimants' willingness to distort the record, to hide relevant information, and to mislead the arbitral panel — even to score points on secondary, tertiary, or completely irrelevant issues (...).</i> [Caractères appuyés ajoutés]
---	--

Res ipsa loquitur.

516. Un appel ayant été formé le 25 avril 2018⁶⁶⁰ contre la décision du Juge du 20 avril, l'État du Chili a attendu de connaître la Décision du Comité *ad hoc* du 30 août 2018 - refusant la production des documents sollicités par les Demanderesses- pour ouvrir, le lendemain 31 août, la voie menant à la fixation de la date des audiences devant la Cour d'Appel de Santiago pour le 4 septembre 2018. Elles ont finalement eu lieu le 11 septembre 2018.⁶⁶¹
517. Aujourd'hui, l'État du Chili paraît attendre de prendre connaissance de la présente Réplique pour permettre aux Demanderesses de connaître la décision de la Cour

⁶⁵⁹ Le Centre a distribué la lettre des Demanderesses du 3 mai 2018 dans le courriel du 16 mai suivant

⁶⁶⁰ **Pièce C290f**, communiquée au Comité *ad hoc* par les Demanderesses le 27 avril 2018

⁶⁶¹ **Pièces C315f et C315e**

d'Appel, l'accès à celle-ci demeurant bloquée à l'heure de la transmission de la Réplique au CIRDI par la voie électronique⁶⁶²

518. Les Demanderesses sollicitent respectueusement du Comité *ad hoc* qu'il leur soit permis de formuler leurs éventuels commentaires à cette décision en rapport avec l'incident de février 2018 avant les audiences prévues pour le 11 mars 2019.

11. **LE *COUNTER-MEMORIAL* CONFIRME LE DESSEIN CONTINU DE L'ÉTAT DU CHILI D'EMPÊCHER L'ACCÈS DES INVESTISSEURS-DEMANDEURS À L'ARBITRAGE INTERNATIONAL**

519. Depuis le 3 novembre 1997 l'État Défendeur poursuit le même but principal, celui de consolider les effets du déni de justice imposé aux investisseurs et, à cette fin, de les empêcher l'accès aux remèdes pour trancher les différends établis dans l'Accord entre le Royaume d'Espagne et la République du Chili pour la protection et le soutien réciproque des investissements, signé le 2 octobre 1991.⁶⁶³
520. À cette fin l'État a mis en œuvre des moyens licites et illicites, comme l'attestent, avec l'autorité de la chose jugée, la section IV de la SI⁶⁶⁴ -placer le Tribunal arbitral sous influence⁶⁶⁵, réunions *ex parte* avec le Secrétariat du CIRDI⁶⁶⁶, des coups de force qui finalement renversèrent le Tribunal arbitral en 2005 et 2006⁶⁶⁷ - la Décision du 1^{er} Comité *ad hoc*⁶⁶⁸ ou la Sentence de resoumission.⁶⁶⁹
521. Les §§421 et ss du *Counter-Memorial* font référence à un arbitrage en cours devant la Cour Permanente d'Arbitrage à l'initiative des Demanderesses. Il devrait suffire d'indiquer ici que la finalité de cette allégation est, une fois encore, d'empêcher les investisseurs d'exercer de manière effective des droits que leur ont reconnu la Sentence arbitrale du 8 mai 2008, la Décision du 1^{er} Comité *ad hoc* du 18 décembre 2012 et la Sentence arbitrale du 13 septembre 2016 (sous réserve de la demande de l'annulation en cours de cette dernière), notamment:

⁶⁶² Voir la **pièce C359**, information publiée dans le site internet de la Cour d'appel de Santiago, consultée dans la nuit du 9 novembre 2018

⁶⁶³ **Pièce C3**

⁶⁶⁴ **Pièce C2**, v. les pages 33-181 d'un total de 232

⁶⁶⁵ **Pièce C347**

⁶⁶⁶ V. les **pièces C345 et C346**

⁶⁶⁷ **Ibid.**, v. les §§35-37

⁶⁶⁸ **Pièce C20**, section V, lettres A et B

⁶⁶⁹ **Pièce C9**, v. notamment les §§127 (inexistence de l'investissement); 130 (inexistence de la qualité d'investisseur étranger); 131-132 et 133-137 (absence de compétence *ratione temporis* et *ratione materiae*, respectivement); 138-157, 164 (dénaturalisation de l'autorité de la chose jugée de la SI et de la Décision du 1^{er} Comité *ad hoc*)

Sentence arbitrale du 8 mai 2008 :

« 179. Au vu des éléments exposés et des documents produits par les parties, le Tribunal estime tout d'abord que M. Pey Casado a effectivement procédé à l'acquisition des sociétés CPP S.A. et EPC Ltda, contrairement aux allégations de la défenderesse.

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

525. De l'avis du Tribunal arbitral, la Fondation a démontré qu'elle était en possession de 90% des actions de CPP S.A.,⁴⁶⁷ qui lui ont été transmises par M. Pey Casado au moyen d'écritures passées entre le 6 octobre 1989 et le 27 mai 1990. Cette transmission a été parfaite à la date de l'inscription de cette dernière au Registre des Fondations du Ministère espagnol de la Culture, le 27 avril 1990.

537. De l'avis du Tribunal arbitral, la Fondation Presidente Allende a obtenu la qualité d'«investisseur » en vertu de la cession des actions en sa faveur de la part de la première partie demanderesse, M. Pey Casado

538. Par la cession des actions qui était valable à la date de l'inscription de cette dernière au Registre des Fondations du Ministère espagnol de la Culture, le 27 avril 1990, une partie des droits découlant de l'investissement avait été transmise par M. Pey Casado en faveur de la Fondation.⁴⁸⁶

Décision du 1^{er} Comité ad hoc :

§168. (...) le Comité est d'accord avec les Demanderesses sur le fait que (...) l'obligation d'accorder une réparation au titre de la violation de droits perdure même si les droits en tant que tels ont pris fin, 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

§359. Par ces motifs, le Comité rend les décisions suivantes : (...)

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

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 ;

Sentence arbitrale du 13 septembre 2016 :

§244. (...) La Sentence du Tribunal n'affecte pas la conclusion dans la Sentence Initiale selon laquelle la Défenderesse avait commis une violation de l'article 4 du TBI en ne garantissant pas un traitement juste et équitable aux investissements des Demanderesses, en ce compris un déni de justice ; cette conclusion a autorité de chose jugée (...). Elle correspond donc à une obligation qui pèse toujours sur la Défenderesse (...).

522. En dépit de ce qui a été résolu dans la Sentence du 8 mai 2008, plus de dix ans après l'État du Chili n'a pas garanti un traitement juste et équitable aux demandeurs-investisseurs, au point que M. Víctor Pey, en sa qualité de victime ou personne

affectée, est décédé le 5 octobre 2018 à l'âge de 103 ans en sachant que l'État continuait à ne pas lui reconnaître ses droits et maintenait ses accusations et allégations contraires à sa dignité et à l'autorité de la chose jugée de la Sentence arbitrale initiale.⁶⁷⁰

523. L'État du Chili se trouve en situation de manquement continu aux obligations établies à l'article 4 de l'API et aux points 2 et 3 de la Sentence arbitrale du 8 mai 2008, *res iudicata*.
524. Aucune compensation ayant été offerte depuis lors aux Demanderesses, il est manifeste que l'État continue à enfreindre les articles 4 et 10(5) de l'API.
525. Les infractions à l'API ont causé des préjudices aux investisseurs dont l'évaluation est *sub-lite* depuis le 12 avril 2017 devant le Tribunal arbitral constitué selon l'API et le Règlement de la CNUDCI de 1976 (affaire CPA NO. 2017-30)
526. La Demande formulée le 6 janvier 2018 devant ce Tribunal arbitral a formulé la proposition liminaire suivante:

With the return of democracy to Chile after the formal end of the Pinochet era on March 1990, a fundamental goal of the new regime was the restoration of the rule of law and the just reparation of Pinochet's victims. The claimant in this case, Mr. Pey Casado, a Spanish national, is one of those victims. Owner of the leading newspaper in Santiago, Chile, friend of the deposed democratic leader Dr. Salvador Allende, with the September 11, 1973 Pinochet coup Mr. Pey Casado saw his business seized by the military in the coup d'état, and he was forced to leave Chile until the end of the military Junta.

This act of seizure, and later confiscation in 1975 (Decree num. 165), was extra-constitutional. It was clearly compensable under Chile's transitional justice framework put in motion since March 1990 by the Chilean Judiciary, the Legislative and the Executive branches of Government. And yet since the very beginning of Mr. Pey Casado's efforts to obtain justice under that legal framework, his efforts, for whatever motivations, have been blocked by Chile's deep state, despite the regime's overall commitment to transitional justice.

In the absence of compensation under the transitional justice scheme, Chile's laws left open to Mr. Pey Casado to also pursue his rights under the Constitution. Now, Mr. Pey Casado's access to constitutional justice has also been blocked definitively by the Chile state. But as an investor under the Chile-Spain BIT, Mr. Pey Casado also has rights under international law. (...)

It remains to discuss the question of double recovery.

Since the damages in this claim would properly be the value of the property the benefit of which Mr. Pey Casado has been deprived and unable to recover in Chile due to denial of justice, an award of that amount would also cover the losses established in the ICSID

⁶⁷⁰ Voir les **pièces C34** et **C36**, de même que la réponse du Ministre des Affaires Étrangères du 27 novembre 2017 (**pièce C342**) à une interpellation de la Chambre des Députés

proceeding, so that, assuming the claimant's request for annulment succeeded and then its further arguments as to quantum before a new resubmission proceeding were to also succeed, further pursuit of damages before the present tribunal could create a risk of double recovery. The claimant therefore proposes that

1) should this tribunal make an award of damages along the lines just described while the ICSID proceedings remain open, the claimants will abandon the ICSID proceedings once the award under this tribunal is paid by Chile;

2) should the claimant succeed in annulment proceedings in ICSID, the claimant will refrain from resubmission proceedings at ICSID concerning damages until the present tribunal has rendered its award on the merits and damages, and if damages are awarded along the lines just described by the present tribunal, the claimant will permanently abandon ICSID proceedings once that award is paid.

The claimants have always been sensitive throughout the ICSID arbitration to avoid the risk of double recovery (Memorial, para. 225(b)).”

527. Les allégations de la Défenderesse à ce sujet manquent en conséquence de fondement légal et, également, moral.

12. FRAIS ET COÛTS DE LA PROCÉDURE

528. Les faits et les raisonnements juridiques qui précèdent de même que le comportement de l'État du Chili tout au long de la procédure de resoumission et, en particulier, dans la présente en annulation, justifient que celui-ci soit condamné à payer la totalité des frais de la procédure et des coûts supportés par les Demanderesses.

529. En formulant cette demande les Demanderesses attirent respectueusement l'attention sur le fait qu'en l'espèce, il s'agit d'investisseurs victimes d'actes de discrimination et de déni de justice pour lesquels l'État du Chili a été condamné avec l'autorité de la chose jugée, qui n'a montré la moindre intention de respecter l'obligation qui pèse sur lui, comme l'atteste la conclusion de la réponse du Ministre des AA.EE. du 27 novembre 2017 à une interpellation du 20 septembre antérieur de la Chambre des Députés du Chili.⁶⁷¹

⁶⁷¹ Pièces C342f, page4, et C199

13. POUR CES MOTIFS,
PLAISE AU COMITÉ *AD HOC*,

1. D'accepter la présente Réplique au *Counter-Mémorial* de la Défenderesse, et ses pièces annexes, proposée en annulation
 - de la totalité de la Sentence en resoumission communiqué le 13 septembre 2016, pour les motifs établis à l'article 52(1), lettres (a), (b), (d) et (e), de la Convention du CIRDI, en ce compris
 - l'annulation des §§58, 61 et 62(b) de la Décision du 6 octobre 2017, pour les motifs des lettres (b), (d) et (e) de l'article 52(1) de la Convention ;
2. De condamner la République du Chili à supporter les coûts de la présente procédure d'annulation, des incidents - dont celui survenu les 12, 15 et 16 février 2018⁶⁷²- y compris les frais et honoraires des membres du Comité *ad hoc*, les frais pour utilisations des installations du CIRDI, les frais de traduction, ainsi que les frais et honoraires professionnels des parties Demanderesses, des avocats, experts et/ou autres personnes appelées à comparaître devant le Comité *ad hoc*, et à payer les sommes conformes à toutes autres condamnations que le Comité *ad hoc* estimerait justes et équitables, avec intérêts composés ;
3. De prendre toute autre résolution qu'il jugerait juste et équitable dans les circonstances du cas d'espèce.

Madrid/Washington le 9 novembre 2018



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

⁶⁷² Le cadre factuel et juridique de l'incident de février 2016 est développé dans la Demande du 27 avril 2018 en défense de l'intégrité et de l'équité de la procédure, annexée au Mémoire en annulation