

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

**VICTOR PEY CASADO ET FONDATION ESPAGNOLE**

**PRÉSIDENT ALLENDE**

CONTRE

**LA RÉPUBLIQUE DU CHILI**

*Affaire N° ARB/98/2*

**MEMOIRE EN DEMANDE SUR L'ANNULATION DE LA  
SENTENCE DU 13 SEPTEMBRE 2016**

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).

Présentée par le Dr Juan E. Garcés (Garcés y Prada, Abogados, Madrid), représentant des Demanderesses, avec la coopération du Professeur Robert L. Howse (NYUniv.) 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).

Madrid/Washington, le 27 avril 2018

## Table des matières

<b>INTRODUCTION</b>	<b>3</b>
<b>1. RÔLE DU COMITÉ AD HOC ET PRÉSENTATION DES MOYENS D'ANNULATION</b>	<b>8</b>
1.1 LE ROLE CLAIREMENT DEFINI DU COMITE AD HOC	9
1.2 CADRE JURIDIQUE APPLICABLE AUX MOTIFS D'ANNULATION DE L'ARTICLE 52(1)	10
1.2.1 Cadre juridique applicable au vice dans la constitution du Tribunal	10
1.2.2 Cadre juridique applicable à l'excès de pouvoir manifeste	11
1.2.3 Cadre juridique applicable à l'inobservation grave d'une règle fondamentale de procédure	16
1.2.4 Cadre juridique applicable au défaut de motifs	18
<b>2. MOYENS D'ANNULATION A L'ENCONTRE DE LA SENTENCE DE RESOUMISSION</b>	<b>21</b>
2.1 LA NOMINATION DE M. MOURRE PAR LA REPUBLIQUE DU CHILI CONSTITUE UN VICE DANS LA CONSTITUTION DU TRIBUNAL JUSTIFIANT L'ANNULATION DE LA SENTENCE AU TITRE DE L'ARTICLE 52(1)(A) DE LA CONVENTION	22
2.2 L'ABSENCE DE REVELATION DE LIENS ENTRETENUS ENTRE LA REPUBLIQUE DU CHILI ET LES ESSEX COURT CHAMBERS CONSTITUE UN VICE DANS LA CONSTITUTION DU TRIBUNAL ET UNE INOBSERVATION GRAVE D'UNE REGLE DE PROCEDURE FONDAMENTALE	28
2.2.1 <i>Le Comité ad hoc est compétent pour trancher et évaluer la question du conflit apparent d'intérêts de MM. Veeder et Berman de novo suite à la présence de faits nouveaux significatifs</i>	29
2.2.2 <i>Les Demanderesses ont soulevé le grief tenant au conflit apparent d'intérêt des arbitres en temps utile pendant la procédure</i>	33
2.2.3 <i>L'existence de liens étroits entre la République du Chili et les Essex Court Chambers, de surcroît non révélée aux Demanderesses pendant la procédure, est de nature à mettre en cause l'impartialité et l'indépendance des arbitres</i>	37
2.2.4 <i>Le défaut objectif d'impartialité et d'indépendance des arbitres constitue un vice dans la constitution du Tribunal et une inobservation grave d'une règle de procédure fondamentale.</i>	54
2.2.5 <i>La production des documents sollicités de l'État du Chili est nécessaire à l'établissement de faits relatifs au conflit apparent d'intérêts des arbitres</i>	56
2.3 UNE SENTENCE QUI MECONNAIT L'AUTORITE DE LA CHOSE JUGEE DE LA SENTENCE INITIALE	61
2.3.1 <i>La Sentence initiale est revêtue de l'autorité de la chose jugée</i>	61
2.3.2 <i>La reconsidération de la partie res iudicata de la Sentence initiale</i>	64
2.3.3 <i>Le Tribunal de resoumission a manifestement excédé ses pouvoirs en se départant de l'autorité de la chose jugée de la Sentence initiale.</i>	101
2.4 UNE SENTENCE DONT LE TRAITEMENT DE LA CHARGE DE LA PREUVE OUVRE DROIT A ANNULATION	142
2.4.1 <i>Le rejet des arguments et pièces des Demanderesses relatifs à des questions postérieures au 3 novembre 1997 justifie l'annulation de la Sentence</i>	143
2.4.2 <i>La décision du Tribunal selon laquelle les Demanderesses n'auraient pas rapporté la charge de la preuve justifie l'annulation de la Sentence.</i>	149
i. <i>La déstructuration de la Sentence arbitrale initiale et de la Décision du Comité ad hoc dans la Sentence en resoumission</i>	156
<i>Conclusions. Ratio decidendi et obiter dicta</i>	179
2.5 LE TRIBUNAL DE RESOUMISSION N'A PAS APPLIQUE LE DROIT APPLICABLE SUR LES ACTES DE L'ÉTAT DEFENDEUR COMMIS ENTRE LE 29 MAI 1995 ET LE 8 MAI 2008, ET LEURS CONSEQUENCES	181
2.6 LE RAISONNEMENT BIAISE DE LA SR : LA DENATURATION DES PROPOSITIONS DES DEMANDERESSES	188
2.7 LA SENTENCE EN RESOUMISSION A COMMIS UN EXCES MANIFESTE DE POUVOIR EN REFUSANT LE IUS STANDI DE LA SUCESSEUR AUX DROITS DE M. VICTOR PEY	199
2.7.1 <i>M. Victor Pey est Demandeur dans la procédure de resoumission</i>	199
2.7.2 <i>Le ius standi de Mme. Pey Grebe, cessionnaire de M. Victor Pey Casado</i>	200
2.7.3 <i>Conclusion</i>	212
2.8 LA DECISION DE CORRECTION DE LA SR EST AFFECTEE D'UN EXCES DE POUVOIR, DE L'INOBSERVATION GRAVE D'UNE REGLE DE PROCEDURE FONDAMENTALE, ET D'UN DEFAUT DE MOTIFS	212
<b>3. PAR CES MOTIFS</b>	<b>213</b>

## INTRODUCTION

1. Conformément au calendrier joint à l'Ordonnance de Procédure n° 1 du 7 mars 2018, M. Victor Pey Casado et la Fondation Espagnole Président Allende (ci-après "**les Demanderesses**") ont l'honneur de soumettre au Comité *ad hoc* (ci-après le "**Comité**") leur Mémoire en demande d'annulation de la Sentence en resoumission du 13 septembre 2016 (ci-après "Sentence en resoumission" ou "SR"), dans l'affaire CIRDI No. ARB/98/2 qui l'oppose à la République du Chili (ci-après "**la Défenderesse**" ou "**l'Etat Défendeur**").
2. "*La présente instance est le prolongement de l'arbitrage initial*", c'est ce qu'affirme de manière pleinement fondée la Sentence prononcée en resoumission le 13 septembre 2016 (§188)<sup>1</sup> -ci-après "Sentence de resoumission" ou "SR".
3. Cependant la Sentence en resoumission a créé une image virtuelle inexacte et inexplicable :

*"[Les Demanderesses] soutiennent à certains endroits que des éléments des parties non annulés de la Sentence Initiale doivent être réexaminés et modifiés par le présent Tribunal."* (§196 de la Sentence en resoumission).

4. Cette affirmation est totalement arbitraire. La Sentence ne fait d'ailleurs -et pour cause- aucune référence à une telle affirmation des Demanderesses. En réalité, cette affirmation est parfaitement contraire à ce qu'a indiqué devant les membres du Tribunal le représentant des Demanderesses lors des audiences d'avril 2015, à savoir :

*"Les Demanderesses proposent de ne pas modifier un iota, pas un iota, la partie non annulée de la Sentence. C'est res judicata"*<sup>2</sup> [soulignement ajouté].

5. Les Demanderesses souhaitent également souligner le comportement procédural déloyal auquel l'a habitué la Défenderesse, afin que le Comité puisse s'en prémunir. Selon la Sentence initiale, "*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.*"<sup>3</sup> Et le présent Comité a pu constater lors de l'audience du 16 février 2018 que sous ses propres yeux, l'État du Chili a invoqué des faits soit eux-mêmes inexacts, soit présentés de manière trompeuse, à l'appui de ses prétentions de voir sanctionner les Demanderesses pour avoir protesté la veille, le 14 février, dans les seuls termes compatibles avec l'accusation, portée le 12 février contre elles, d'avoir introduit le 2 février 2018 une donnée fautive visant à induire le Comité *ad hoc* en erreur .<sup>4</sup>

---

<sup>1</sup> **Pièce C9**, Sentence en resoumission du 13 septembre 2016

<sup>2</sup> **Pièce C43**, transcription de l'audience du 13-04-2015, page 4, intervention de Me Juan Garcés

<sup>3</sup> **Pièce C2**, Sentence initiale, §729

<sup>4</sup> Ces faits sont étayés dans la Demande complémentaire en défense de l'intégrité et de l'équité de la procédure soumise par les Demanderesses le 27 avril 2018

6. Le Comité *ad hoc* a fait part dans sa Décision du 15 mars 2018 relative à la suspension provisoire de l'exécution de la Sentence en resoumission que :

*"l'objectif des Demanderesses, tel que le Comité le comprend, [est] de rétablir l'effet de res iudicata de la sentence initiale de 2008, ne peut être atteint au moyen de la demande en annulation de la Sentence (...) Le seul effet possible d'une décision en annulation serait en réalité l'extinction de l'autorité de chose jugée de la Sentence après Nouvel Examen, et non pas le rétablissement automatique de la force obligatoire **des parties annulées de la sentence initiale.**"*<sup>5</sup> [Soulignement ajouté]

7. Il semblerait qu'il y ait ici un malentendu initial dont les éventuelles conséquences pourraient être importantes. Les Demanderesses ont pour objectif de leur démarche d'ensemble de voir rétablir les effets d'autorité de la chose jugée des seules parties **non annulées de la Sentence initiale**, mises à mal par le Tribunal de resoumission, raison de la présente demande d'annulation. Il n'a jamais été question d'un rétablissement des parties annulées en 2012 par le Comité *ad hoc*. Elles fourniront les éléments de fait et de droit permettant de constater :

- a) que le différend resoumis le 18 juin 2013<sup>6</sup> n'est pas celui soumis dans la Requête initiale datée du 3 novembre 1997 que la SI a rejetée pour manque de compétence *ratione temporis*<sup>7</sup> -fondée sur l'indétermination du statut du Décret n° 165 durant la procédure initiale - mais les différends nés après cette date, à partir de mai 2000 et de novembre 2002 ;
- b) qu'à certains égards l'objectif de la Requête en resoumission du 18 juin 2013 et de la Demande en annulation du 10 novembre 2017 est le même, à savoir **l'exécution effective des seules parties de la Sentence arbitrale initiale du 8 mai 2008** (ci-après "la Sentence initiale" ou "SI") **qui ont l'autorité de la chose jugée conformément à la Décision du Comité *ad hoc* du 18 décembre 2012 ;**
- c) c'est-à-dire de toutes les parties de la Sentence du 8 mai 2008 hormis "*le paragraphe 4 du dispositif de la Sentence du 8 mai 2008 et les paragraphes correspondants dans le corps de la Sentence relatifs aux dommages-intérêts (Section VIII)*"<sup>8</sup>, contrairement à la conclusion première de la Sentence en resoumission (§196) citée ci-dessus.

8. À cette fin il sera nécessaire d'exposer, aussi succinctement que possible mais avec les détails nécessaires, certains aspects du contenu et du contexte de la Sentence initiale du 8 mai 2008 et de la Décision en révision partielle du 18 novembre 2009<sup>9</sup> dans leur rapport avec la Décision du Comité *ad hoc* du 18 décembre 2012, pour évoquer ensuite

<sup>5</sup> Décision du 15 mars 2018 du présent Comité *ad hoc* relative à la suspension provisoire de l'exécution de la Sentence en resoumission, §58

<sup>6</sup> **Pièces C83 et 84**, Nouvelle Requête d'arbitrage soumise le 18 juin 2013 (§6) et lettre d'accompagnement, respectivement

<sup>7</sup> **Pièce C2**, Sentence initiale, §§601-612 et para. 8 du Dispositif

<sup>8</sup> **Pièce C20**, Décision du premier Comité *ad hoc* du 18 décembre 2012, §359(1)

<sup>9</sup> **Pièce CL261**, Décision du Tribunal arbitral initial dans la procédure de révision partielle de la Sentence du 8 mai 2008

les manquements contenus dans la SR par rapport à ce qui est *res iudicata* dans la Sentence initiale, synthétisés dans la Requête en annulation du 10 novembre 2017.

9. Il convient de rappeler tout d'abord que les différends portés devant le CIRDI à partir de 2000 et 2002 avaient été provoqués par le refus de la Défenderesse, alors qu'était en vigueur depuis le 29 mars 1994<sup>10</sup> l'Accord entre le Royaume d'Espagne et la République du Chili pour la Protection et le Soutien Réciproque des Investissements et Protocole du 2 octobre 1991<sup>11</sup> (ci-après "l'API"), de reconnaître les droits des Demanderesses sur leur investissement dans les entreprises de presse CPP S.A. et EPC Ltée après qu'une décision de justice leur ait restitué, le 29 mai 1995, les titres de propriété et les justificatifs des paiements effectués en 1972<sup>12</sup> - qui leur avaient été saisis par les services secrets du régime *de facto* installé par des voies violentes entre le 11 septembre 1973 et le 11 septembre 1990. Depuis la Décision du Comité *ad hoc* du 18 décembre 2012, la seule question restante est celle du calcul de l'évaluation du montant des dommages causés du fait des violations par l'État du Chili 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.
10. L'intégralité des faits qui sous-tendent les questions surgies entre les Parties à partir de mai 2000, tels qu'établis par la Sentence initiale, y sont rappelés avec une grande précision, et tranchés avec l'autorité de la chose jugée aux §§419-500 de celle-ci (les conditions d'application *ratione temporis* de l'API), ainsi qu'aux §§574-674 (la responsabilité de l'État pour violation de l'API).

\*\*\*

11. **Les Demanderesses sollicitent exclusivement l'application de ce qui est *res iudicata* dans la Sentence initiale**
12. Les propositions des Demanderesses lors de la procédure de resoumission des différends nés depuis mai 2000, et maintenant dans la procédure en annulation, étaient, et sont, circonscrites à l'application de la Décision du 18 décembre 2012 du Comité *ad hoc*, à savoir :

*§263 : "La seule fois où la question des dommages pour violation de l'article 4 de l'API a été soulevée, c'est lors de l'audience de janvier 2007, lorsque le Président du Tribunal a demandé aux parties si le préjudice ou dommage résultant de la violation hypothétique de la disposition relative au traitement juste et équitable était le même que celui résultant de l'expropriation ou bien s'il était différent de celui-ci. Cependant, comme il ressort du dossier, l'audience de janvier 2007 avait pour objet de traiter des questions de compétence. **Il est évident pour le Comité que** (...) les Demanderesses (...) ont eu très peu de temps lors de l'audience pour répondre à la question posée par le Président. (...)*

<sup>10</sup> Pièce C2, Sentence initiale, §2

<sup>11</sup> Pièce C3f (DI-08)

<sup>12</sup> Pièce C2, Sentence initiale, §§77, 163, 210, 214, 215, 444

§264. "**Les parties** n'ont pas eu la possibilité de déposer des mémoires suivant l'audience de janvier 2007 car le Tribunal avait précisé dans sa décision du 13 septembre 2006 et dans son Ordonnance de procédure n° 13 du 24 octobre 2006 qu'il n'y aurait pas de réouverture de la phase écrite de la procédure.

§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'annulation, **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]

13. La Décision du Comité *ad hoc* en rapport avec la contradiction entre le §688 et le §692 de la SI a ainsi distingué clairement entre a) la possibilité de validité, *ex* article 4 de l'API, des chiffres fondées sur l'équivalence avec ce qu'aurait été une indemnisation de l'expropriation, et b) l'exclusion de l'articulation de la Requête du 3 novembre 1997 d'indemnisation de l'expropriation *ex* article 5 de l'API (§§280-287 de la Décision).

En d'autres termes, le motif de l'annulation par le premier Comité *ad hoc* du para. n° 4 du Dispositif de la SI était de permettre :

§267 "aux deux parties la possibilité de présenter leurs arguments sur le critère d'indemnisation applicable et l'évaluation des dommages-intérêts au titre de la violation de l'article 4 de l'API" (soulignement ajouté).

§271." (...) Le Comité a, dans la présente partie de sa Décision, conclu à l'existence d'une erreur annulable dans le processus suivi par le Tribunal pour parvenir à sa conclusion, et **non dans les modalités de calcul du montant des dommages-intérêts.**"

(Citations omises, soulignement ajouté).

14. Or la Sentence en resoumission a exclu dans son réexamen (§§223-231) de la SI et de la Décision du Comité *ad hoc* toute considération relative à la possible "équivalence" admise dans le §266 de la Décision du Comité.
15. Les "modalités de calcul" du montant des dommages-intérêts causés par des actes survenus entre les parties à partir de mai 2000, *res iudicata*, se définissant en droit comme :

"la compensation financière à laquelle peut prétendre une personne qui a subi un préjudice moral ou une atteinte dans son patrimoine ou les deux la fois. Qu'il s'agisse du dommage né d'un retard ou de l'inexécution d'un contrat, de celui provenant d'un dommage accidentel ou de la réparation d'un délit ou d'un crime, la réparation qui s'opère par équivalent se fait par le versement d'un capital ou d'une rente. Ces sommes sont des dommages-intérêts."<sup>13</sup>

<sup>13</sup> Dictionnaire du Droit Privé, par Serge Braudo, Conseiller honoraire à la Cour d'appel de Versailles, accessible dans <http://bit.ly/2gjqrXU>

16. Cependant, depuis que la Sentence initiale a été prononcée le 8 mai 2008 et malgré l'échec de sa tentative d'obtenir son annulation totale, la Défenderesse s'est appliquée de diverses manières à dénaturer le sens et la portée de la Sentence confirmée par le Comité *ad hoc* et à soutenir que celle-ci excluait toute obligation d'indemnisation pécuniaire significative en faveur des investisseurs. En acceptant ces positions mises en avant par la Défenderesse, la Sentence de resoumission a enfreint l'autorité de la chose jugée des paragraphes 1 à 3 du Dispositif de la Sentence initiale selon lesquels :

"1. [Le Tribunal arbitral] est compétent pour connaître du litige entre les demanderessees et la République du Chili;

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

3. les demanderessees ont droit à compensation".

17. Après que la Sentence initiale ait été prononcée, de même que depuis la confirmation des paras. 1 à 3 de son Dispositif par le Comité *ad hoc*, la République du Chili dans des déclarations publiques<sup>14</sup> et ses propositions dans la procédure arbitrale, nie la substance, le raisonnement et la finalité des points 1, 2 et 3 du Dispositif de la Sentence. La Défenderesse et le Tribunal de resoumission coïncident dans le dessein de rendre impossible, ou non effective, leur exécution.

18. Le fait que la juridiction du CIRDI puisse compter sur un Tribunal arbitral constitué *ex art. 52(6)*<sup>15</sup> de la Convention pour assurer l'exécution des paras. 1, 2 et 3 du Dispositif de la Sentence initiale, ne signifie nullement que le présent Comité *ad hoc* constitué conformément à l'article 52(3)<sup>16</sup> de la Convention puisse se désintéresser de la non-exécution du Dispositif de la SI par le Tribunal de resoumission.

19. L'État Défendeur, et à sa suite la Sentence en resoumission, s'insurgent contre des décisions, des questions, des fondements et considérations qui, par la Sentence initiale, ont autorité de la chose jugée, en écartant ce qui est *res iudicata* et décidant de points qui vont au-delà de l'intention du Tribunal initial et sont incompatibles avec la Sentence initiale. Ils seront énumérés ci-après dans la mesure où leur importance pratique est cruciale pour l'exécution des points 1 à 3 du Dispositif de la Sentence initiale et l'infraction à la *res iudicata* par la SR.

20. Après avoir présenté le rôle du Comité *ad hoc* et le cadre juridique applicable aux motifs d'annulation de l'article 52(1) de la Convention (2), les Demanderesses exposeront les raisons pour lesquelles l'annulation de la Sentence de resoumission se justifie (3).

<sup>14</sup> Voir la déclaration du représentant personnel du Chef de l'État chilien, de M. Jorge Carey, le 15 septembre 2016 dans la **pièce C34f et C34e**

<sup>15</sup> Art. 52(6) de la Convention : "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."

<sup>16</sup> Art. 52 (3) de la Convention : "Au reçu de la demande [en annulation], le Président nomme immédiatement parmi les personnes dont les noms figurent sur la liste des arbitres, un Comité *ad hoc* de trois membres. (...) Le Comité est habilité à annuler la sentence en tout ou en partie pour l'un des motifs énumérés à l'alinéa (1) du présent article."

## 1. RÔLE DU COMITÉ *AD HOC* ET PRÉSENTATION DES MOYENS D'ANNULATION

21. "Le seul contrôle opéré par le comité porte sur l'intégrité du processus suivi par le tribunal pour trancher les arguments et prétentions des parties. Ce contrôle est opéré à la lumière des moyens d'annulation prévus par la Convention du CIRDI", comme l'affirmé le Comité *ad hoc* dans l'affaire *Antoine Abou Lahoud v. Congo*.<sup>17</sup>

22. Le présent Comité *ad hoc* a confirmé dans sa décision du 15 mars 2018 que :

"[le] droit d'une partie de vérifier devant un comité d'annulation sa conviction de bonne foi que la sentence est fondamentalement entachée d'un vice aux termes de l'article 52 de la Convention (soit parce que le tribunal a été irrégulièrement constitué, voire corrompu, soit parce que le tribunal a commis un excès manifeste de ses pouvoirs, a violé une règle fondamentale de procédure ou n'a pas motivé sa décision)",

"[le] droit légitime de faire examiner la sentence pour en vérifier la régularité fondamentale d'un point de vue institutionnel et procédural.",

"L'article 52 de la Convention s'intéresse à l'intégrité des procédures d'arbitrage du CIRDI et cherche à concilier le caractère définitif de la sentence avec la nécessité d'empêcher tous cas flagrants d'excès de pouvoir et d'injustice."<sup>18</sup>

23. En l'espèce, comme elles l'ont annoncé dans leur Requête en annulation du 10 octobre 2017, les Demanderesses fondent leur demande en annulation sur quatre des cinq motifs prévus à l'article 52(1) de la Convention, à savoir : le vice dans la constitution du Tribunal, l'excès de pouvoir manifeste du Tribunal, l'inobservation grave par le Tribunal de règles de procédure fondamentales, et enfin le défaut de motifs de la Sentence.

24. Les Demanderesses soumettent *bona fide* leur demande d'annulation de la totalité de la Sentence en resoumission en ce qu'elle enfreint gravement les articles 10(5) de l'API Espagne-Chili et 53(1) de la Convention du CIRDI, ainsi que l'autorité de la chose jugée de la Sentence arbitrale du 8 mai 2008, en particulier les points 1 à 3 de son Dispositif et leurs fondements corrélatifs tels que confirmés dans le cadre établi par la Décision du premier comité *ad hoc*, du 18 décembre 2012, qui a annulé le point 4 du Dispositif de cette Sentence afin de permettre :

**"aux deux parties** la possibilité de présenter leurs arguments sur le critère d'indemnisation applicable et l'évaluation des dommages-intérêts au titre de la violation de l'article 4 de l'API".

Considérant que :

<sup>17</sup> Pièce CL304, affaire *Antoine Abou Lahoud v. Congo*, Affaire CIRDI ARB/10/4, Décision sur l'annulation, 29 mars 2016, §115

<sup>18</sup> Décision du Comité *ad hoc* du 15 mars 2018 relatif à la suspension provisoire de la Sentence en resoumission, §§53, 54, 72

"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'annulation, 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]

"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.**"<sup>19</sup>[Citations omises et soulignement ajouté].

25. Après un exposé du rôle du Comité *ad hoc* dans la présente procédure en annulation (1.1), dont le cadre juridique a été exposé dans la Requête en annulation, les Demanderesses préciseront les raisons pour lesquelles la Sentence du 13 septembre 2016 doit être annulée (1.2).

### 1.1 Le rôle clairement défini du Comité *ad hoc*

26. "Les comités *ad hoc* ne sont pas des cours d'appel, et l'annulation n'est pas un recours contre une décision estimée incorrecte", comme l'a rappelé le Comité *ad hoc* dans l'affaire *Antoine Abou Lahoud v. Congo*<sup>20</sup>, qui cite, entre autres, le Comité *ad hoc* dans l'affaire *Soufraki* :

"un comité *ad hoc* n'a pas compétence pour examiner de quelque manière que ce soit le bien-fondé de la sentence initiale. Le mécanisme d'annulation est conçu pour protéger l'intégrité, et non pas le résultat, des instances d'arbitrage".<sup>21</sup>

27. Il n'incombe donc pas au Comité *ad hoc* de rejuger au fond l'affaire ni en droit ni en fait. Cela d'autant plus que les questions de compétence du Centre et les questions

<sup>19</sup> Pièce C20, Décision du Comité *ad hoc* du 18 décembre 2012, §§267, 266 et 271

<sup>20</sup> Pièce CL304, affaire *Antoine Abou Lahoud v. Congo*, Affaire CIRDI ARB/10/4, Décision sur l'annulation, 29 mars 2016, §111, qui cite les Décisions des Comités *ad hoc* dans les affaires *Amco Asia Corporation et autres c. République d'Indonésie (Amco II)* (Affaire CIRDI ARB/81/1), Décision sur les demandes de l'Indonésie et d'Amco respectivement en annulation et en annulation partielle, 17 décembre 1992, para. 1.17, pièce CL308; *Patrick Mitchell c. République Démocratique du Congo* (Affaire CIRDI ARB/99/7), Décision sur la Demande en annulation de la sentence, 1er novembre 2006, para. 19, pièce CL315; *MTD Equity Sdn. Bhd. et MTD Chile S.A. c. République du Chili* (Affaire CIRDI ARB/01/7), Décision sur l'annulation du 21 mars 2007, para. 31, pièce CL349; *Amco Asia Corporation et autres c. République d'Indonésie (Amco I)* (Affaire CIRDI ARB/81/1), Décision sur l'annulation du 16 mai 1986, para. 23, pièce C196 ; *Togo Électricité et GDF-Suez Énergie Services c. République du Togo* (Affaire CIRDI ARB/06/7), Décision en annulation du 6 septembre 2011, para. 50, pièce C13 ; *Klöckner Industrie-Anlagen GmbH et autres c. République Unie du Cameroun et Société Camerounaise des Engrais (Klöckner I)* (Affaire CIRDI ARB/81/2), Décision rendue par le Comité *ad hoc* le 3 mai 1985, para. 83, pièce C7

<sup>21</sup> Pièce CL305, *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, para. 20.

déterminant la responsabilité du Défendeur ont été tranchées par la Sentence arbitrale du 8 mai 2008, ayant autorité de chose jugée, laquelle porte sur des questions surgies entre les Parties après la décision d'un Tribunal de Justice de Santiago du 29 mai 1995, et à la suite, notamment, de la "Décision 43" du Ministère des Bien Nationaux du 28 avril 2000, et de la Demande complémentaire d'arbitrage du 4 novembre 2002 relative au déni de justice dans le traitement de la procédure devant le 1<sup>er</sup> Tribunal civil de Santiago commis après le 3 novembre 1997 (points 1 à 3 du Dispositif).

28. En conséquence, ni la Demande de resoumission du 18 juin 2013<sup>22</sup>, ni les écritures postérieures ni les interventions des Demanderesses lors des audiences<sup>23</sup> n'ont porté sur la compétence et le fond de l'affaire. De même, ni les Parties, ni la Sentence de resoumission, ni maintenant le Comité *ad hoc*, ne peuvent légitimement procéder à un nouvel examen concernant la compétence et ou le fond de cette affaire dès lors qu'ils sont *res iudicata*. La seule mission confiée au Tribunal de resoumission a été toute autre, à savoir celle de fixer le *quantum*, le montant de US\$, que l'État Défendeur a le devoir de verser aux investisseurs pour avoir manqué à ses obligations de traitement juste et équitable, en ce compris l'obligation de s'abstenir de tout déni de justice, dans les actes soumis à l'arbitrage du Tribunal arbitral initial, *res iudicata*.
29. Ceci étant rappelé, les Demanderesses résumeront le cadre juridique applicable aux motifs d'annulation qu'elles invoquent.

## 1.2 Cadre juridique applicable aux motifs d'annulation de l'article 52(1)

30. L'annulation de la Sentence de resoumission dont les Demanderesses sollicitent le prononcé se fonde sur les motifs d'annulation suivants : le vice dans la constitution du Tribunal (1.2.1), l'excès de pouvoir manifeste (1.2.2), l'inobservation grave d'une règle de procédure fondamentale (1.2.3), et le défaut de motifs (1.2.4).

### 1.2.1 Cadre juridique applicable au vice dans la constitution du Tribunal

31. Aux termes de l'article 52(1)(a) de la Convention CIRDI, une sentence arbitrale peut être annulée pour "*vice dans la constitution du tribunal*"<sup>24</sup>.
32. Les Travaux Préparatoires, la doctrine et les décisions rendues par des comités *ad hoc* antérieurs ont eu à interpréter le sens de cette disposition, comme les Demanderesses l'ont exposé dans la Requête en annulation (Sections III.1 et III.2).
33. La Note relative à l'annulation à l'attention du Conseil administratif du CIRDI pose ainsi qu'il ressort des travaux préparatoires de la Convention que "*le vice dans la constitution du Tribunal était un motif destiné à répondre à des situations telles qu'une violation de la convention des parties sur la méthode de constitution du Tribunal ou (...) des autres conditions requises pour devenir membre du Tribunal*"<sup>25</sup>.

<sup>22</sup> Pièce C83

<sup>23</sup> Voir le **Mémoire en demande en Resoumission** du 27 juin 2014 (pièce C8), la Réplique du 9 janvier 2015 (pièce C40) et la transcription des audiences d'avril 2015 (pièce C43)

<sup>24</sup> Article 52(1)(a) de la Convention CIRDI.

<sup>25</sup> CIRDI, Note d'information mise à jour relative à l'annulation à l'attention du Conseil administratif du CIRDI

34. C'est également ce qu'expose le Professeur Schreuer, pour qui "*questions concerning the tribunal's proper constitution might arise from dissatisfaction in the manner in which challenges to arbitrators and alleged conflicts of interest have been handled.*"<sup>26</sup>.
35. Il résulte du sens ordinaire des termes employés par l'article 52(1)(a) de la Convention que "*la constitution du tribunal*" fait référence à l'ensemble des règles de la Convention et du Règlement d'arbitrage régissant la constitution du tribunal arbitral. Ces règles peuvent être comprises comme étant les suivantes : la Section 2 (De la constitution du tribunal) du Chapitre 4 (De l'arbitrage) de la Convention, le Chapitre 5 (Du remplacement et de la récusation des conciliateurs et des arbitres) de la Convention, et le Chapitre 1 (Organisation du tribunal) du Règlement d'arbitrage.
36. En l'espèce, les Demanderesses soumettent que l'inobservation grave de règles de procédure fondamentales, l'excès de pouvoir manifeste, le défaut de motifs, lors de la constitution du Tribunal de resoumission et les incidents de procédure à ce sujet, ont eu un impact réel et sérieux sur la Sentence de resoumission étayé dans les Sections III.1 et III.2 de la Requête en annulation et dans la Section II du présent Mémoire.

## 1.2.2 Cadre juridique applicable à l'excès de pouvoir manifeste

37. Aux termes de l'article 52(1)(b) de la Convention CIRDI, une sentence arbitrale peut être annulée pour "*excès de pouvoir manifeste du Tribunal*"<sup>27</sup>. Deux conditions se dégagent de l'article 52(1)(b) : l'exigence d'un excès de pouvoir, d'une part (**1.2.2.1**), et le caractère manifeste de celui-ci, d'autre part (**1.2.2.2**).

### 1.2.2.1 L'exigence d'un excès de pouvoir

38. S'agissant de la notion d'excès de pouvoir, la Note relative à l'annulation à l'attention du Conseil administratif du CIRDI explique que "*les rédacteurs de la Convention du CIRDI ont prévu qu'il existe un excès de pouvoir quand un Tribunal est allé au-delà des termes de la Convention d'arbitrage conclue entre les parties, a tranché des questions qui ne lui avaient pas été soumises ou n'a pas appliqué le droit convenu entre les parties*"<sup>28</sup>.
39. Le Professeur Schreuer précise pour sa part que :

*"An arbitral tribunal derives its power from the parties' agreement. The agreement to arbitrate constitutes both the basis and the outer limit of the tribunal's power. In the case of ICSID arbitration, the agreement to arbitrate incorporates the Convention by reference. Therefore, the parameters for the tribunal's powers are to be found in the Convention and in any additional relevant provisions in the parties' agreement.*

---

du 5 mai 2016, § 77, accessible dans <https://bit.ly/2gZH17p>

<sup>26</sup> C. Schreuer (C.), *The ICSID Convention, a commentary*, Cambridge University Press, 2009, Art. 52, §§ 122-123

<sup>27</sup> Convention du CIRDI, art. 52(1)(b).

<sup>28</sup> CIRDI, Note d'information mise à jour relative à l'annulation à l'attention du Conseil administratif du CIRDI du 5 mai 2016, § 82, accessible dans <https://bit.ly/2gZH17p>

*The most important excess of powers occurs when a tribunal exceeds the limits of its jurisdiction (...). In the case of ICSID arbitration, jurisdiction is determined by Art. 25 of the Convention and the parties' agreement on consent. A tribunal may also exceed its power by failing to exercise a jurisdiction it does have. Another instance of excess of powers would be a violation of Art. 42 on applicable law. Non-application of the law agreed by the parties or of the law determined by the residual rule in Art. 42(1) goes against the parties' agreement to arbitrate and may constitute an excess of powers* <sup>29</sup>.

40. Comme l'affirme le Comité *ad hoc* de l'affaire *Antoine Abou Lahoud v. Congo* <sup>30</sup>

*"Un Tribunal peut commettre un excès de pouvoir lorsqu'il excède les limites de sa compétence. Ce peut être le cas lorsqu'un tribunal "exerce une compétence qu'il ne possède pas en vertu du contrat ou du traité applicable et de la Convention CIRDI, interprétés conjointement, mais également lorsqu'il n'exerce pas une compétence qui lui revient en vertu de ces instruments".*<sup>31</sup>

41. Un tribunal peut également commettre un excès de pouvoir lorsqu'il ne fait pas application du droit applicable. Les comités *ad hoc* reconnaissent tous que *"le fait pour un Tribunal de ne pas du tout appliquer le droit applicable ou de statuer ex aequo et bono sans l'accord des Parties à cet effet, comme l'exige la Convention du CIRDI, est susceptible de constituer un excès de pouvoir manifeste"*<sup>32</sup>, ou le Comité *ad hoc* dans l'affaire *Venezuela Holdings v. Venezuela* :

*"a tribunal ought not to be allowed to exercise a judicial power it does not have (or vice versa). (...) the reference in Article 52(1)(b) to a tribunal having "manifestly exceeded its powers" fits most naturally into the context of jurisdiction, in the sense that it covers the case where a tribunal exercises a judicial power which on a proper analysis had not been conferred on it (or vice versa declines to exercise a jurisdiction which it did possess)."*<sup>33</sup>

42. Comme l'a expliqué le Professeur Schreuer, l'excès de pouvoir n'est pas circonscrit à la situation dans laquelle un tribunal se déclarerait à tort compétent ou incompétent. Il peut également être caractérisé lorsque la compétence du tribunal, au sens de l'article 25 de la Convention, n'est pas contestée, mais que le tribunal va au-delà des limites de celle-ci :

<sup>29</sup> Schreuer (C.), *The ICSID Convention, a commentary*, Cambridge, University Press, 2009, Art. 52, §§ 132-133.

<sup>30</sup> **Pièce CL304**, *Antoine Abou Lahoud v. Congo*, Affaire CIRDI ARB/10/4, Décision sur l'annulation, 29 mars 2016, §118

<sup>31</sup> [§104. *Compañía de Aguas del Aconquija S.A. et Vivendi Universal S.A. (anciennement Compagnie générale des eaux) c. République Argentine* (Affaire CIRDI ARB/97/3), Décision sur la Demande en annulation du 3 juillet 2002, para. 86: "exercises a jurisdiction which it does not have under the relevant agreement or treaty and the ICSID Convention, read together, but also if it fails to exercise a jurisdiction which it possesses under those instruments". [traduction libre de l'anglais]]

<sup>32</sup> [105. Note d'information relative à l'annulation à l'attention du Conseil administratif du CIRDI, para. 94. V. aussi Schreuer, *The ICSID Convention*, p. 938.]

<sup>33</sup> **Pièce CL306**, *Venezuela Holdings v. Venezuela*, ICSID CASE NO. ARB/07/27. Decision on Annulment, 2017-03-09, §110

"Lack of jurisdiction need not be absolute. A tribunal may be competent in principle, but may go beyond the limits of its competence (...) In fact, the expression "excess of powers" would indicate that there is jurisdiction but that the tribunal has exceeded the limits of its powers"<sup>34</sup>.

43. C'est le cas lorsqu'un tribunal outrepassé les limites de sa compétence, telles que fixées par l'article 55(3) du Règlement d'arbitrage, en présence d'une sentence antérieure revêtue de l'autorité de chose jugée.

44. Comme l'a décidé le second comité *ad hoc* dans l'affaire *Amco c. Indonésie* :

*"Arbitration Rule 55(3) states : "If the original award had only been annulled in part, the new Tribunal shall not reconsider any portion of the award not so annulled". If a new Tribunal reconsiders an issue not annulled, it exceeds its power" (nous soulignons)<sup>35</sup>.*

45. Les Demanderesses ont respectueusement soumis et étayé que le Tribunal de resoumission a commis un excès de pouvoir manifeste en s'élevant contre l'autorité de la chose jugée de la Sentence arbitrale du 8 mai 2008 méconnaissant, reconsidérant, voire niant, l'étendue de la compétence établie dans les points 1 à 3 du Dispositif de la Sentence initiale.

46. Cette situation, rentre sans conteste dans la catégorie de l'excès de pouvoir au sens de l'article 52(1)(b) de la Convention. Les Demanderesses soutiennent que le Tribunal de resoumission a manifestement outrepassé les limites de sa compétence et a manifestement manqué d'appliquer, voire nié ces même limites, telles que fixées par l'article 55(3) du Règlement d'arbitrage et par la Sentence initiale - dont le Chapitre VII (*Responsabilité de l'État*) et les points 1 à 3 du Dispositif sont revêtus de l'autorité de la chose jugée. Les fondements de ce motif d'annulation ont été étayés dans la Sections III.3, III.4, III.5 et III.6 de la Requête en annulation et dans la Section II du présent Mémoire.

47. S'agissant de l'excès de pouvoir tiré du défaut d'application par le tribunal du droit applicable au différend, il convient d'opérer une distinction entre la non-application par le Tribunal arbitral du droit normalement applicable qui constitue un motif d'annulation<sup>36</sup>, et l'application erronée du droit applicable, qui ne constitue en principe pas un motif d'annulation<sup>37</sup>. Le Comité *ad hoc* dans l'affaire *Soufraki* a affirmé:

<sup>34</sup> **Pièce RALA-0006**, C. Schreuer, *The ICSID Convention, a commentary*, Cambridge, University Press, 2009, Art. 52, § 163

<sup>35</sup> **Pièce CL308**, *Amco v. Indonesia*, ICSID Case No. ARB/81/1, Decision on Annulment, 3 December 1992, § 8.07.

<sup>36</sup> **Pièce CL304**, *Antoine Abou Lahoud v. Congo*, Affaire CIRDI ARB/10/4, Decision sur l'annulation, 29 mars 2016, §118-122; C. Schreuer, *The ICSID Convention, a commentary*, Cambridge, University Press, 2009, Art. 52, §§ 196 : "[t]here is widespread agreement that a failure to apply the proper law may amount to an excess of powers by the tribunal".

<sup>37</sup> **Pièce CL307**, *Enron Creditors Recovery Corporation & Ponderosa Assets, L.P. c. République Argentine*, Affaire CIRDI No. ARB/01/13, Décision du Comité *ad hoc* du 30 juillet 2010, § 68 ; **pièce CL305**, *Hussein Nuaman Soufraki c. Émirats Arabes Unis*, Affaire CIRDI No. ARB/02/7, Décision du comité *ad hoc* sur la demande d'annulation de M. Soufraki, 5 juin 2007, § 85.

*"L'on doit également considérer qu'un tribunal outrepassé les limites de ses pouvoirs s'il ne respecte pas le droit applicable au fond de l'affaire en vertu de la Convention CIRDI. Il est largement reconnu par la jurisprudence du CIRDI que le défaut d'application du droit applicable constitue un excès de pouvoir. Les dispositions pertinentes du droit applicable sont des éléments constitutifs de l'accord des Parties de recourir à l'arbitrage et font partie intégrante de la définition de la mission du Tribunal."<sup>38</sup>*

*"Une application erronée du droit ne constitue un motif d'annulation que dans les cas les plus graves, où une telle mauvaise application est d'une telle nature ou ampleur qu'elle équivaut objectivement (et indépendamment des intentions réelles ou présumées du Tribunal) à une non-application", affirme le Comité ad hoc de l'affaire Antoine Abou Lahoud v. Congo<sup>39</sup> citant Amco Asia Corporation et autres c. République d'Indonésie<sup>40</sup>.*

48. En l'espèce, il ne s'agit pas tant d'une application erronée du droit applicable que de l'inapplication la plus absolue du droit chilien et des principes de droit international applicables identifiés dans l'API (art. 10(4)), dans la Sentence initiale, *res iudicata*, en particulier dans les §§210 *in fine*, 215, 244, 665-674, de même que dans les écritures des Demanderesses et leurs interventions lors des audiences d'avril 2015 - cela aux seuls effets de fixer le montant de la compensation à laquelle la Sentence initiale a condamné l'État Défendeur que le Tribunal de resoumission devait impérativement calculer dans le cadre établi dans la Décision du Comité *ad hoc* du 18 décembre 2012, en particulier dans les §§266 et 267 de cette dernière.
49. Entre outre, le Tribunal de resoumission a même catégoriquement refusé d'appliquer le droit chilien et le droit international au traitement d'une des questions retenues par le Comité *ad hoc* pour annuler le point 4 du Dispositif de la Sentence initiale, à savoir que le Tribunal initial n'avait pas donné aux parties Demanderesses

*"la possibilité de présenter leurs arguments sur le critère d'indemnisation applicable et l'évaluation des dommages-intérêts au titre de la violation de l'article 4 de l'API (...) 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"<sup>41</sup>,*

<sup>38</sup> **Pièce CL305**, *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, para. 45: "[O]ne must also consider that a tribunal goes beyond the scope of its power if it does not respect the law applicable to the substance of the arbitration under the ICSID Convention. It is widely recognized in ICSID jurisprudence that failure to apply the applicable law constitutes an excess of power. The relevant provisions of the applicable law are constitutive elements of the Parties' agreement to arbitrate and constitute part of the definition of the tribunal's mandate". [Traduction libre de l'anglais dans la Décision du Comité *ad hoc* Antoine Abou Lahoud v. Congo, nbp n° 106]

<sup>39</sup> **Pièce CL304**, *Antoine Abou Lahoud v. Congo*, Affaire CIRDI ARB/10/4, Decision sur l'annulation, 29 mars 2016, §121, "is of such a nature or degree as to constitute objectively (regardless of the Tribunal's actual or presumed intentions) its effective non-application"

<sup>40</sup> **Pièce CL308**, *Amco Asia Corporation et autres c. République d'Indonésie* (Affaire CIRDI ARB/81/1), Affaire resoumise: Décision sur la Demande en annulation du 3 décembre 1992, para. 7.19; "is of such a nature or degree as to constitute objectively (regardless of the Tribunal's actual or presumed intentions) its effective non-application". [Traduction libre de l'anglais dans la Décision du Comité *ad hoc* Antoine Abou Lahoud v. Congo, nbp n° 111]

<sup>41</sup> **Pièce C20**, Décision du Comité *ad hoc* du 18 décembre 2012, §266

centrale pour la détermination du *quantum*, sujet qui a donc fait l'objet de plaidoiries dans la procédure en resoumission, ce qui a été exposé dans la Requête en annulation<sup>42</sup>, comme il est généralement admis dans le droit de protection des investissements.

50. La SR s'est dispensée d'appliquer le droit applicable aux questions survenues entre les parties après le 3 novembre 1997 -soumises à l'arbitrage à partir de mai 2000, et pour lesquelles la Sentence initiale a condamné l'État du Chili à indemniser les Demanderesses (paras 1 à 3 du Dispositif)- en les déclarant hors la compétence du TR.
51. Quel que soit le type d'excès de pouvoir invoqué, celui-ci doit, pour ouvrir droit à annulation, revêtir un caractère manifeste.

### 1.2.2.2 Le caractère manifeste de l'excès de pouvoir

52. Seul un excès de pouvoir manifeste est susceptible de justifier l'annulation d'une sentence. Dans l'interprétation qu'ils ont livrée de ce terme, les comités *ad hoc* antérieurs et la doctrine ont adopté plusieurs approches.
53. De nombreux comités *ad hoc* ont interprété le terme manifeste comme signifiant que l'abus de pouvoir devait être évident, ou encore flagrant, ou aisément discernable<sup>43</sup>. Certains tribunaux sont venus préciser que le caractère évident ou flagrant de l'excès de pouvoir ne faisait pas échec à ce que, au vu de la complexité de l'affaire, une démonstration relativement poussée puisse être nécessaire<sup>44</sup>.
54. D'autres comités ont considéré qu'un tribunal commettait un excès de pouvoir manifeste si celui-ci avait des conséquences graves sur la sentence. Ainsi, le comité *ad hoc* dans l'affaire *Vivendi I* a conclu que :

*"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, 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) "*<sup>45</sup>.

<sup>42</sup> Requête en annulation du 10 novembre 2017, §§267, 231(5) et (8), 264

<sup>43</sup> **Pièce CL309**, *Repsol YPF Ecuador S.A. c. Empresa Estatal Petróleos del Ecuador (Petroecuador)* (Affaire CIRDI ARB/01/10), Décision sur la Demande en annulation du 8 janvier 2007, para. 36 : "*exceeding one's powers is 'manifest' when it is 'obvious by itself' simply by reading the Award, that is, even prior to a detailed examination of its contents*" ; *CDC Group plc v. Republic of Seychelles* (Affaire CIRDI ARB/02/14), 29 juin 2005, Décision sur la Demande en annulation, para. 41. "*[I]f a Tribunal exceeds its powers, the excess must be plain on its face for annulment to be an available remedy. Any excess apparent in a Tribunal's conduct, if susceptible of argument "one way or the other," is not manifest*".

<sup>44</sup> **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, § 193 : "*While the Committee agrees that an excess of powers will be manifest only if it can readily be discerned, it considers that this does not mean that the excess must, as it were, leap out of the page on a first reading of the Award. The reasoning in a case may be so complex that a degree of inquiry and analysis is required before it is clear precisely what the tribunal has decided. In such a case, the need for such inquiry and analysis will not prevent an excess of powers from being "manifest"*"

<sup>45</sup> **Pièce CL310**, *Compañia de Aguas del Aconquija S.A. et Vivendi Universal S.A. c. République Argentine*,

55. Face à ces approches *a priori* divergentes, plusieurs comités ont effectué la synthèse entre le critère de l'évidence et celui de la gravité.

56. Ainsi, dans l'affaire *Soufraki c. Émirats Arabes Unis*, le comité *ad hoc* a considéré que seul l'approche cumulative était pertinente et pouvait être retenue :

*"A strict opposition between two different meanings of "manifest" – either "obvious" or "serious" – is an unnecessary debate. It 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"*<sup>46</sup>.

57. Dans les affaires *Malicorp*<sup>47</sup> et *Antoine Abou Lahoud* les Comités *ad hoc* ont affirmé être d'accord avec l'approche de la décision sur l'annulation dans l'affaire *Soufraki* qui interprète le terme "manifeste" comme signifiant à la fois évident et grave, comme résumé ici.

### 1.2.3 Cadre juridique applicable à l'inobservation grave d'une règle fondamentale de procédure

58. Au terme de l'article 52(1)(d) de la Convention, une sentence arbitrale peut être annulée en cas d'inobservation grave par le tribunal arbitral d'une règle fondamentale de procédure.

59. La mise en jeu de ce motif d'annulation suppose que deux conditions soient réunies : l'inobservation doit, d'une part, concerner une règle fondamentale de procédure (1.2.3.1), et, d'autre part, être d'une certaine gravité (1.2.3.2).

60. Dès lors, l'inobservation grave d'une simple règle de procédure ne pourra conduire à l'annulation de la sentence, de même que la simple inobservation d'une règle fondamentale de procédure<sup>48</sup>.

#### 1.2.3.1 La notion de règle fondamentale de procédure

61. Ainsi que l'explique la Note relative à l'annulation à l'attention du Conseil administratif du CIRDI, les travaux préparatoires de la Convention montrent que la notion de règle fondamentale de procédure "*a une connotation étendue qui fait appel aux principes de*

---

Affaire CIRDI No. ARB/97/3, Décision sur la Demande en annulation, 3 juillet 2002, § 86, voir aussi § 115.

<sup>46</sup> Pièce CL305, *Hussein Nuaman Soufraki c. Émirats Arabes Unis*, Affaire CIRDI No. ARB/02/7, Décision du comité *ad hoc* sur la demande d'annulation de M. Soufraki, 5 juin 2007, § 40 ; v. aussi *Malicorp Limited c. République Arabe d'Égypte*, Affaire CIRDI ARB/8/18, Décision sur la Demande en annulation de Malicorp Limited, 3 juillet 2013, § 56 : "*Le Comité est d'accord avec la décision sur l'annulation dans l'affaire Soufraki et interprète le terme "manifeste" comme signifiant à la fois évident et grave. Le Comité estime que ces deux termes ne sont pas incompatibles, dans la mesure où ce qui a des conséquences graves et substantielles est également clair et évident"*.

<sup>47</sup> Pièce CL311, *Malicorp Limited c. République Arabe d'Égypte* (Affaire CIRDI ARB/8/18), Décision sur la Demande en annulation, 3 juillet 2013, para. 56, accessible dans <https://bit.ly/2HxFbaD>

<sup>48</sup> Schreuer C.), *The ICSID Convention, a commentary*, Cambridge, University Press, 2009, Art. 52, §§ 281-282

*droit naturel, mais qui exclut le non-respect par le Tribunal des règles ordinaires d'arbitrage* <sup>49</sup>.

62. Le comité *ad hoc* dans l'affaire *Saur International c. République d'Argentine* a considéré que :

*"Parmi les normes de procédure qui peuvent être considérées comme "fondamentales" figurent le traitement égalitaire des parties, le droit à être entendu, le traitement des éléments de preuve et la charge de la preuve, l'indépendance et l'impartialité du tribunal et les délibérations entre les membres du tribunal* <sup>50</sup>.

63. S'agissant plus particulièrement du droit à être jugé par un tribunal indépendant et impartial, le comité *ad hoc* dans *Klöckner c. Cameroun* a expliqué que :

*"Any shortcoming in this regard, that is any sign of partiality, must be considered to constitute, within the meaning of Article 52(1)(d), a 'serious departure from a fundamental rule of procedure' 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* <sup>51</sup>.

64. Pour ouvrir droit à annulation, la violation de la règle de procédure fondamentale doit être grave.

### 1.2.3.2 La gravité de l'inobservation d'une règle fondamentale de procédure

65. Ainsi que l'expliquent M. Bishop et Mme Marchili, le critère d'une inobservation grave a pu être interprétée de deux manières différentes par les comités *ad hoc* <sup>52</sup>.

66. Certains comités, comme celui dans l'affaire *MINE c. Guinée*, ont considéré que, pour être grave, l'inobservation de la règle en question devait priver une partie du bénéfice ou de la protection que cette règle entendait conférer <sup>53</sup>.

67. D'autres, comme celui dans l'affaire *Wena c. Egypte*, ont exigé que la violation ait un impact sérieux sur la solution du litige <sup>54</sup>.

68. D'autres, enfin, ont simplement combiné les deux critères exposés ci-dessus.

<sup>49</sup> CIRDI, Note d'information mise à jour relative à l'annulation à l'attention du Conseil administratif du CIRDI du 5 mai 2016, § 98, accessible dans <https://bit.ly/2gZH17p>

<sup>50</sup> Pièce C103, *Saur International S.A. c. République d'Argentine*, Affaire CIRDI No. ARB/04/4, Décision relative à la demande d'annulation de la République d'Argentine, 19 décembre 2016, § 182.

<sup>51</sup> Pièce C7, *Klöckner v. Cameroon*, Decision on Annulment, 3 May 1985-05-03, § 95

<sup>52</sup> Pièce CL312, Bishop (R. Doak) et Marchili (S. M.), *Annulment under the ICSID Convention*, OUP, 2012, §8.12 et s.

<sup>53</sup> Pièce CL313, *MINE c. République de Guinée*, Affaire CIRDI No. 84/4, Décision du Comité *ad hoc* sur l'annulation, 22 Décembre 1989, §5.05: "The Committee considers that this establishes both quantitative and qualitative criteria: the departure must be substantial and be such as to deprive a party of the benefit or protection which the rule was intended to provide".

<sup>54</sup> Pièce CL314, *Wena hotels c. Egypte*, ICSID Case No. ARB/98/4, Décision du Comité *ad hoc* du 5 février 2002, §58: "In order to be a "serious" departure from a fundamental rule of procedure, 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".

69. Ainsi, le comité dans l'affaire *CDC c. Seychelles* a décidé que :

*"A departure is serious where it is 'substantial and [is] such to deprive the party of the benefit of protection which the rule was intended to provide'. In other words, 'the violation of such a rule must have caused the Tribunal to reach a result substantially different from what it would have awarded had the rule been observed' "*<sup>55</sup>.

#### 1.2.4 Cadre juridique applicable au défaut de motifs

70. Au terme de l'article 52(1)(e) de la Convention, une sentence arbitrale peut être annulée en cas de défaut de motifs de la sentence rendue par le tribunal arbitral.
71. L'article 48(3) de la Convention prévoit que *"la sentence doit répondre à tous les chefs de conclusions soumises au Tribunal et doit être motivée "*<sup>56</sup>.
72. De manière similaire, l'article 47(1)(i) du Règlement d'arbitrage prévoit que *"la sentence est rendue par écrit et contient : (...) (i) la décision du Tribunal sur tout question qui lui a été soumise, ainsi que les motifs sur lesquels la décision est fondée "*<sup>57</sup>.
73. Ainsi que l'expliquent M. Bishop et Mme Marchili, les travaux préparatoires de la Convention mettent en lumière le fait qu'à l'origine, le défaut de motif n'était pas un motif d'annulation autonome, mais était rattaché à la violation d'une règle de procédure fondamentale<sup>58</sup>.
74. L'obligation pour un tribunal de motiver sa sentence était donc conçue comme une garantie minimale en rapport avec les principes généraux de justice naturelle, et son but ne saurait être détourné pour obtenir une révision au fond de la sentence rendue par le tribunal<sup>59</sup>.
75. Ceci étant dit, force est de constater qu'en pratique, les comités *ad hoc* antérieurs ont adopté des approches différentes et parfois irréconciliables concernant le degré de contrôle de la motivation de la sentence.
76. Comme l'explique la Note relative à l'annulation à l'attention du Conseil administratif du CIRDI, deux conceptions peuvent être identifiées au sein de la "jurisprudence" des comités *ad hoc*<sup>60</sup>.

<sup>55</sup> **Pièce CL263**, *CDC c. Seychelles*, § 49 ; **pièce CL307**, *Enron*, §71 ; **pièce C69**, *Azurix*, § 51-52

<sup>56</sup> Art. 48(3) de la Convention.

<sup>57</sup> Art. 47(1)(i) du Règlement d'arbitrage.

<sup>58</sup> **Pièce CL312**, Bishop (R.D.) et Marchili (S.M.), *Annulment under the ICSID Convention*, OUP, 2012, §§ 9.07-9.10.

<sup>59</sup> **Ibid.**, §§ 9.07-9.10 : *"Committees relying on Article 52(1)(e) as a tool to expand their review of the underlying decision have sometimes disregarded the fact that the travaux préparatoires illustrate that this ground: (i) was originally conceived as a part of the provision involving a serious departure from a fundamental rule of procedure, a ground that committees tend to credit only rarely; (ii) actually purported to ensure that the tribunal gave reasons 'for the award'; and (iii) was intended to ensure that the minimum guarantees of 'natural justice' were observed. To turn Article 52(1)(e) into a gateway to a disguised appeal is contrary to the text and the travaux préparatoires of the ICSID Convention"*.

<sup>60</sup> **CIRDI**, Note d'information mise à jour relative à l'annulation à l'attention du Conseil administratif du CIRDI

77. En premier lieu, certains comités *ad hoc* ont considéré que :

*"la possibilité d'annulation d'une sentence arbitrale en raison d'un défaut de motifs représente un élément important du système des relations entre États souverains et investisseurs étrangers et du règlement de leurs différends. Les décisions et sentences doivent être le résultat d'une appréciation des faits et d'une évaluation selon le droit applicable. Les parties sont en droit de connaître le processus et les réflexions juridiques qui ont mené l'arbitre à sa décision, de pouvoir suivre son raisonnement, de savoir si l'arbitre s'est fondé sur les faits allégués et les questions soulevées par les parties ; les arbitres ont l'obligation de "répondre à tous les chefs de conclusions ", comme le prescrit l'article 48(3) de la Convention de Washington et de motiver leur démarche intellectuelle. La transparence procédurale et l'explication des raisons qui fondent une décision sont les éléments clés qui sous-tendent l'acceptabilité de l'arbitrage."*<sup>61</sup>

78. En second lieu, une autre conception peut également être observée au sein des décisions des comités *ad hoc*, au terme de laquelle des motifs "insuffisants" ou "inappropriés" peuvent donner lieu à annulation<sup>62</sup>.

79. Le premier comité *ad hoc* dans l'affaire *Klöckner c. Cameroun* a ainsi décidé que :

*"In the opinion of the Committee, one could hardly be satisfied simply by "apparently relevant" reasons. This would deprive of any substance the control of legality Article 52 of the Convention is meant to provide. On the other hand, interpreting this provision as (indirectly) requiring "relevant reasons" could make the annulment proceeding more like an appeal, and lead the Committee to substitute its own appreciation of the relevance of the reasons for that of the Tribunal.*

*A middle and reasonable path is to be satisfied with reasons that are "sufficiently relevant", that is, reasonably capable of justifying the result reached by the Tribunal. In other words, there would be a "failure to state reasons" in the absence of a statement of reasons that are "sufficiently relevant", that is, reasonably sustainable and capable of providing a basis for the decision "*<sup>63</sup>.

80. Le comité *ad hoc* dans l'affaire *Soufraki c. Émirats Arabes Unis* a également considéré que :

*"In the view of the ad hoc Committee, it has to verify the existence of reasons as well as their sufficiency – that they are adequate and sufficient reasonably to bring about the result reached by the Tribunal – but it cannot look into their correctness "*<sup>64</sup>.

---

du 5 mai 2016, § 105 et s. , accessible dans <https://bit.ly/2gZH17p>

<sup>61</sup> **Pièce C101**, *Compagnie d'Exploitation du Chemin de Fer Transgabonais (Demanderesse) c. La République Gabonaise (Défenderesse)* Affaire CIRDI No. ARB/04/05 Décision du Comité *ad hoc* du 10 mai 2010, §86 ; dans le même sens, **CIRDI**, Note d'information mise à jour relative à l'annulation à l'attention du Conseil administratif du CIRDI du 5 mai 2016, § 105 et s.

<sup>62</sup> **Ibid.**, Note d'information mise à jour relative à l'annulation à l'attention du Conseil administratif du CIRDI du 5 mai 2016, § 106.

<sup>63</sup> **Pièce C7**, *Klöckner Industrie-Anlagen GmbH and Others v. Republic of Cameroon and Société Camerounaise des Engrais*, Decision by the Ad Hoc Committee on the Application for Annulment Submitted by Klöckner Against the Arbitral Award Rendered on October 21, 1983, ICSID Case No. ARB/81/2, 3 May 1985, § 120

<sup>64</sup> **Pièce CL305**, *Hussein Nuaman Soufraki c. Émirats Arabes Unis*, Affaire CIRDI No. ARB/02/7, Décision du

81. Cette position est régulièrement adoptée par les comités *ad hoc*<sup>65</sup>.
82. Enfin, outre les deux conceptions exposées ci-dessus, il semble exister un consensus en doctrine et parmi les décisions des comités *ad hoc* sur le fait que des motifs contradictoires ou frivoles peuvent également justifier l'annulation d'une sentence sur le fondement d'un défaut de motifs<sup>66</sup>.
83. Comme l'a récemment relevé la décision du comité *ad hoc* dans l'affaire *Abou Lahoud c. Liban*, "*au-delà de l'apparente contradiction, le comité ad hoc doit chercher à suivre la logique et le raisonnement du tribunal. L'annulation n'est alors justifiée que si les motifs du tribunal sont si contradictoires qu'ils sont "aussi utiles que l'absence totale de motifs"*"<sup>67</sup>.
84. Le Comité *ad hoc* dans l'affaire *Venezuela Holdings v. Venezuela* a considéré que :
- "a composite decision on jurisdiction suffers from an internal contradiction when it arrives at opposite conclusions in respect of ... (found to be within the jurisdiction) and the ... (found to fall outside the jurisdiction). For a complaint of that kind to be valid, two conditions would have to be satisfied: first, that there was indeed a contradiction which was apparent on the face of the Decision; but second, and in the circumstances more important still, that the contradiction, once demonstrated, was serious enough to vitiate the Tribunal's reasoning on jurisdiction as a whole. This latter condition stems from the fact that, when applied mutatis mutandis to a decision on jurisdiction what Article 52(1)(e) opens to challenge is a failure to state reasons for the decision on jurisdiction as such, not alleged insufficiencies in parts of the reasoning along the way"*<sup>68</sup>.
85. Or le Tribunal de ressoumission ayant correctement affirmé que "*la présente instance est le prolongement de l'arbitrage initial*" (§188), la question de la compétence *ratione temporis* sur les questions surgies entre les parties après le 3 novembre 1997 -en mai 2000 et le 4 novembre 2002- ayant été déterminée avec l'autorité de la chose jugée dans la Sentence initiale, elle n'était pas susceptible "de nouvel examen" par le TR (Règle d'arbitrage 55(3). En conséquence, la contradiction sur le sujet de la compétence dans la Sentence en ressoumission -établissant le *dies ad quem* à la date du 3 novembre 1997- et la Sentence initiale l'établissant à la date du 8 mai 2008- est manifeste, extrêmement préjudiciable pour les Demandresses en termes de temps et de finances, suffisamment sérieuse pour vicier le raisonnement de la SR dans sa totalité.

---

comité *ad hoc* sur la demande d'annulation de M. Soufraki, 5 juin 2007, § 131 ; v. aussi §§ 122-128.

<sup>65</sup> **Pièce C128**, *Lucchetti*, § 98 ; **pièce CL315**, *Mitchell*, § 21 ; **pièce CL316**, *TECO*, §§ 249-250.

<sup>66</sup> **CIRDI**, Note d'information mise à jour relative à l'annulation à l'attention du Conseil administratif du CIRDI du 5 mai 2016, § 107, accessible dans <https://bit.ly/2gZH17p> ; Bishop (R.D.) et Marchili (S.M.), *Annulment under the ICSID Convention*, OUP, 2012, §§ 9.22-9.34 ; Schreuer (C.), *The ICSID Convention, a commentary*, Cambridge University Press, 2009, Art. 52, §§ 389 et s.

<sup>67</sup> **Pièce CL304**, *Antoine Abou Lahoud et Leila Bounafteh-Abou Lahoud c. République Démocratique du Congo*, Affaire CIRDI No. ARB/10/4, Décision sur la demande en annulation de la République Démocratique du Congo, 29 mars 2016, § 135

<sup>68</sup> **Pièce CL306**, *Venezuela Holdings v. Venezuela*, ICSID CASE NO. ARB/07/27, Decision on Annulment, 2017-03-09, §§119-120

86. Le cadre juridique de la procédure d'annulation étant désormais établi, les Demanderesses développeront dans la section suivante leurs moyen d'annulation à l'encontre de la Sentence de resoumission.

\*\*\*

## 2. MOYENS D'ANNULATION A L'ENCONTRE DE LA SENTENCE DE RESOUMISSION

87. Ainsi qu'il a été exposé dans la Requête en annulation du 10 octobre 2017, les quatre motifs d'annulation présentés ci-avant viennent au soutien de plusieurs moyens d'annulation développés par les Demanderesses, plusieurs motifs d'annulation étant parfois invoqués au soutien d'un même moyen.

88. Ainsi qu'il sera démontré ci-après :

- La nomination par la République du Chili de M. Mourre en qualité d'arbitre a été faite en violation des dispositions de la Convention et du Règlement gouvernant la nomination d'un arbitre en cas de vacance. Il s'ensuit que la constitution du Tribunal a été viciée (2.1) ;
- Les Demanderesses ont eu connaissance après la reddition de la Sentence de faits non révélés par les arbitres Veeder et Berman au cours de la procédure qui établissent un doute sur l'indépendance et l'impartialité de ceux-ci. Leur conduite tant après la reddition de la Sentence qu'au cours de la procédure de rectification d'erreurs matérielles n'a fait que renforcer ce doute. Il s'ensuit que la constitution du Tribunal a été viciée, et que le Tribunal s'est rendu coupable d'une inobservation grave d'une règle de procédure fondamentale (2.2) ;
- Le Tribunal n'a pas tenu compte de l'autorité de la chose jugée de la Sentence initiale et a altéré certaines de ses conclusions. Il s'ensuit un excès de pouvoir et une injustice manifeste (2.3) ;
- Le traitement par le Tribunal de la charge de la preuve constitue un excès de pouvoir manifeste, un défaut de motifs, et une inobservation grave d'une règle de procédure fondamentale (2.4) ;
- Le refus par le Tribunal d'appliquer la loi chilienne constitue un excès de pouvoir (2.5) ;
- La Sentence en resoumission a commis un excès manifeste de pouvoir en refusant le *ius standi* de la successeure aux droits de M. Victor Pey (2.6) ; et
- La Décision de correction est elle-même affectée d'un excès de pouvoir, de l'inobservation grave d'une règle de procédure fondamentale, et d'un défaut de motifs (2.7).

## 2.1 La nomination de M. Mourre par la République du Chili constitue un vice dans la constitution du Tribunal justifiant l'annulation de la Sentence au titre de l'article 52(1)(a) de la Convention

89. Tel que démontré dans la Requête en annulation, la nomination du co-arbitre M. Mourre par la République du Chili dans la Procédure de resoumission a été faite en violation des articles 56(3) et 52(6) de la Convention, ensemble avec les articles 8, 10, 11(2)(a) et 55(2)(d) du Règlement<sup>69</sup>. Il en résulte un vice dans la constitution du tribunal qui justifie l'annulation de la Sentence de resoumission sur le fondement de l'article 52(1)(a) de la Convention.
90. Ainsi qu'il a été exposé ci-dessus, les règles relatives à la "constitution du tribunal" au sens de l'article 52(1)(a) de la Convention s'entendent de l'ensemble des règles permettant d'aboutir à la composition du Tribunal<sup>70</sup>.
91. Si les décisions de comités *ad hoc* antérieurs se sont surtout concentrées sur les règles tirées de la Section II du Chapitre IV de la Convention<sup>71</sup>, qui ont vocation à traiter les situations les plus communes, la constitution d'un nouveau tribunal après annulation totale ou partielle d'une sentence est régie par les articles 52(6) de la Convention et 55(2) du Règlement.
92. En effet, lorsqu'une sentence est annulée par un comité *ad hoc*, l'article 52(6) de la Convention prévoit que "*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*".
93. L'article 55(2)(d) du Règlement précise également que "*Dès réception de la requête et du droit de dépôt, le Secrétaire général doit immédiatement : (...) 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*" (nous soulignons).
94. Dans la version anglaise de la Convention, les termes "*Tribunal initial*" sont remplacés par ceux de "*original one*".
95. La référence, au sein de la Convention, au "*tribunal initial*" ou au "*original tribunal*" s'entend du tribunal ayant rendu la première sentence, comme l'illustrent les dispositions relatives à l'interprétation ou à la révision d'une sentence.

<sup>69</sup> Requête en annulation, §§ 43 et s.

<sup>70</sup> *Supra*, §35

<sup>71</sup> **Pièce C69**, *Azurix Corp. v. The Argentine Republic*, Affaire CIRDI No. ARB/01/12, Décision sur la requête en annulation de la République d'Argentine, 1<sup>er</sup> septembre 2009, §§ 274 et s. ; **Pièce C103**, *EDF International S.A., SAUR International S.A. and León Participaciones Argentinas S.A. v. Argentine Republic*, Affaire CIRDI No. ARB/03/23, Décision sur l'annulation, 5 février 2016, §§ 126 et s. ; **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, §§ 76 et s. ; **Pièce C101**, *Compagnie d'exploitation du chemin de fer transgabonais c. République gabonaise*, Décision du comité ad hoc sur la demande d'annulation de la République Gabonaise, 11 mai 2010, §§ 109.

96. Ainsi, par exemple, est-il prévu à l'article 50(2) de la Convention que les demandes d'interprétation des sentences sont adressées, en principe, au "*Tribunal qui a statué*". La version anglaise de la Convention utilise ici les termes "*Tribunal which rendered the award*".
97. Il en va de même, au terme de l'article 51(3) de la Convention, pour les demandes en révision, qui sont portées, si possible, devant le "*Tribunal ayant statué*". La version anglaise de la Convention utilise encore une fois les termes "*Tribunal which rendered the award*".
98. Pour ces deux types de procédure, l'article 51(1)(a) du Règlement précise de la même manière que la demande est transmise au "*tribunal ayant initialement statué*". La version anglaise utilise ici les termes "*original Tribunal*".
99. Si ce tribunal ne peut être réuni, l'article 51(3) du Règlement invite les parties à procéder à la constitution d'un nouveau tribunal "*composé du même nombre d'arbitres, nommés de la même manière que pour le Tribunal initial*". La version anglaise utilise ici les termes "*including the same number of arbitrators, and appointed by the same method, as the original one*".
100. La comparaison des versions française et anglaise de la Convention et du Règlement met en avant le fait que ces deux instruments utilisent, de manière indifférenciée et interchangeable, les termes "*tribunal initial*", "*tribunal ayant statué*", "*original tribunal*" et "*tribunal which rendered the award*".
101. Comme l'explique le Professeur Schreuer au sujet de la procédure en interprétation prévue à l'article 50 de la Convention :

*"Since the purpose of the procedure for interpretation is to elucidate the meaning of the original award, it seems logical to try to obtain an explanation from the tribunal that drew up that award"* (nous soulignons)<sup>72</sup>.

*"Participation by the original arbitrators in proceedings for the interpretation of an award is voluntary. An interpretation by the original tribunal is contingent upon all members of that tribunal expressing their willingness to take part in proceedings for interpretation. A majority of the original arbitrators will not suffice. Therefore, even if only a dissenting member of the original award, who did not participate in the drafting of the award, refuses to take part, an interpretation by the original tribunal is not possible"* (nous soulignons)<sup>73</sup>.

102. Les mêmes remarques s'imposent pour la procédure de révision prévue à l'article 51, dont le texte est identique sur ce point<sup>74</sup>.

<sup>72</sup> C. Schreuer, *The ICSID Convention*, Art. 50, § 30

<sup>73</sup> C. Schreuer, *Ibid.* Art. 50, § 32

<sup>74</sup> C. Schreuer, *Ibid.*, Art. 51, § 33 : "*Art. 51(3) is identical with the first two sentence of Art. 50(2). The questions surrounding the reconvening of the tribunal or the constitution of a new tribunal are examined in the context of Art. 50(2) dealing with the interpretation (see Art. 50, paras. 30-41). The observations made there are also relevant to Art. 51(3) dealing with revision*".

103. Or, ainsi qu'il a été rappelé ci-dessus, le Tribunal ayant rendu la Sentence initiale était notamment composé de M. Emmanuel Gaillard. Il importe de souligner que M. Gaillard a été nommé par la Président du Conseil administratif du CIRDI suite à la démission, sans l'assentiment des arbitres restants, de M. Leoro Franco, arbitre nommé par le Chili.
104. Les conséquences de la démission d'un arbitre et la procédure de nomination d'un nouvel arbitre sont régies par les articles 56(3) de la Convention et les articles 8, 10 et 11 du Règlement.
105. Ces dispositions, traitent également de la "*constitution du tribunal*" au sens de l'article 52(1)(a) de la Convention, dans l'hypothèse particulière de la démission d'un arbitre.
106. Ainsi, l'article 56(3) de la Convention prévoit 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*".
107. L'article 8 du Règlement précise par ailleurs la procédure à suivre après la démission d'un arbitre :
- "Un arbitre peut démissionner en soumettant sa démission aux autres membres du Tribunal et au Secrétaire général. Si cet arbitre a été nommé par l'une des parties, le Tribunal considère sans délai les raisons de sa démission et décide s'il y a lieu de l'accepter. Le Tribunal notifie sa décision sans délai au Secrétaire général"*.
108. L'article 10 du Règlement prévoit quant à lui la procédure à suivre en cas de vacance au sein du tribunal, tandis que l'article 11(2)(a) détaille la procédure de nomination d'un arbitre en remplacement de l'arbitre démissionnaire, lorsque la démission de celui-ci n'est pas acceptée par les membres restants du tribunal :
- "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" (nous soulignons).*
109. En application des règles détaillées ci-dessus, il résulte de la démission, non acceptée par les membres restants du Tribunal initial, de l'arbitre Leoro Franco (initialement nommé par la République du Chili), que l'arbitre en remplacement, M. Gaillard, a été désigné par le Président du Conseil Administratif du CIRDI. Telles étaient les règles de constitution du Tribunal initial.
110. Ainsi, et suite à l'annulation partielle de la Sentence initiale, les membres du nouveau tribunal devaient être nommés selon des règles identiques à celles relatives à la constitution du Tribunal initial, conformément à l'article 55(2)(d) du Règlement, à savoir la désignation d'un arbitre qui devait être originellement nommé par le Chili, par le Président du Conseil Administratif du CIRDI.
111. Comme l'affirme la Sentence en resoumission, "*la présente instance est le prolongement de l'arbitrage initial*" (§196).

112. Or, et contrairement à l'article 55(2)(d), ce sont les Défenderesses et non le Président du Conseil Administratif du CIRDI, qui ont procédé à la nomination du co-arbitre dans le cadre de la Procédure de resoumission.
113. La nomination de M. Mourre par la Défenderesse, en lieu et place de la désignation d'un arbitre par le Président du Conseil administratif du CIRDI, affecte la constitution du Tribunal de resoumission d'un vice au sens de l'article 52(1)(a) de la Convention.
114. Il convient de préciser que le grief ainsi invoqué contre M. Mourre a été soulevé par les Demanderesses en temps utile lors de la Procédure.
115. En effet, et tel que cela a été détaillé dans la Requête en annulation, dès la nomination de M; Mourre par la République du Chili, les Demanderesses ont aussitôt fait valoir leurs objections à cette nomination de même qu'à ce que le Tribunal de resoumission leur impose la voie de l'article 57 de la Convention pour résoudre la question, alors que l'usage de cet article n'est pas prévu dans une telle hypothèse par la Convention .
116. Le Tribunal arbitral ayant été constitué la nuit de Noël de 2013<sup>75</sup>, le 26 décembre suivant les Demanderesses ont sollicité

*"4. (...) en application des articles 44 et 41(1)5 de la Convention, du nouveau Tribunal qu'il prenne acte que la désignation par la République du Chili d'un arbitre ne respecte pas l'autorité de chose jugée de la Sentence et est contraire au Règlement d'arbitrage CIRDI ; en conséquence, ordonne que la nomination du troisième arbitre soit faite de la même manière que celle de son prédécesseur dans le Tribunal initial, c'est-à-dire par le Président du Conseil administratif.*

*5. Les motifs de cette demande ont été présentés par les Demanderesses dans leurs courriers au Centre des 18 juin et 10 juillet 2013 et réitérés dans les lettres des 26 et 27 juillet, 23 août, 25 septembre, 9 octobre et 23 décembre 2013. (...).<sup>76</sup>*

*7. Dans lesdits courriers, les Demanderesses avaient fait état de la situation sans précédent, consistant à voir nommer un nouveau Tribunal sans méconnaître I) de l'autorité de la chose jugée de la Sentence et de l'effet utile de la Décision du 25 avril 2006 du Tribunal initial concernant la désignation du troisième arbitre par la Président du Conseil administratif à la place de la Défenderesse et II) l'article 55 (2) (d) du Règlement d'arbitrage CIRDI.*

*8. En effet, dans aucune des affaires ayant donné lieu à une nouvelle soumission du différend après une annulation de la sentence arbitrale par un Comité ad hoc<sup>77</sup>, le tribunal initial*

---

<sup>75</sup> **Pièce C274**

<sup>76</sup> Voir les **pièces C84, C86, C88, C89, C90, C91, C92**, respectivement

<sup>77</sup> Les affaires *Amco Asia Corporation et al. v. Republic of Indonesia*, Sentence du 6 Juin 1990, CIRDI No. ARB/81/8 Décision du 17 Octobre 1990, **pièce CL 350** ; *Klöckner Industrie-Anlagen GmbH and others v. United Republic of Cameroon and Société Camerounaise des Engrais*, CIRDI No. ARB/81/2, **pièce C7**; *Maritime International Nominees Establishment v. Republic of Guinea*, CIRDI No. ARB/84/4; *Compañía de Aguas del Aconquija and Vivendi Universal v. Argentina*, CIRDI No ARB/97/3, Sentence du 20 Août 2007, **pièce C54** ; *Enron Corporation Ponderosa Assets, L.P v. Argentine Republic*, CIRDI No. ARB/01/3, 22 Mai 2007, **pièce CL351** ; *Sempra Energy International v. Argentina*, Sentence, CIRDI No ARB/02/16, **pièce C218**

*ayant prononcé la sentence initiale avait été constitué conformément à l'article 56(3) de la Convention CIRDI.*"<sup>78</sup>

117. Cette demande a été réitérée lors de la première réunion des Parties avec le Tribunal arbitral le 11 mars 2014 (par téléphone) :

*"Sur le fondement de leur interprétation de l'article 55(2)(d) du Règlement d'arbitrage du CIRDI, les parties demanderesses ont fait valoir que l'arbitre nommé par la partie défenderesse aurait dû être nommé par le Président du Conseil administratif, comme M. le professeur Gaillard l'avait été dans l'arbitrage d'origine. Elles ont demandé au Tribunal (i) de déterminer si Me Mourre a été nommé conformément à la Convention et au Règlement d'arbitrage du CIRDI, et (ii) s'il ne l'a pas été, de l'inviter à démissionner. Les parties demanderesses ont confirmé que leur requête n'était pas une demande de récusation de Me Mourre."*<sup>79</sup>

118. Le 29 avril 2008 le Tribunal, par le biais d'un projet d'Ordonnance de Procédure n° 1, a balayé tous les arguments légaux fondés sur l'autorité de la *res iudicata* de la SI d'un revers de la main :

*In the absence of a proposal for disqualification under the Convention and Rules, the Tribunal does not feel called upon to rule on the matter.* <sup>80</sup>

119. Dans le délai accordé par le Tribunal, les Demanderesses ont formulé le 6 mai 2014<sup>81</sup> leur objection respectueuse et raisonnée à cette décision :

*"a) La conjonction singulière dans le cas d'espèce des conditions de l'article 56(3) de la Convention pourraient ne pas être considérées comme ce à quoi le renvoi est raisonnablement prévu par la deuxième phrase de l'article 57 ouvrant la voie à une récusation de l'arbitre nommé par le Chili. En effet, selon la Note explicative préparée par le Secrétariat du Centre en 1968<sup>82</sup> à la Règle d'arbitrage n° 9, lettre "A"<sup>83</sup>, de même que les Règles d'arbitrage nos. 3<sup>84</sup> et 4<sup>85</sup> et la doctrine qualifiée<sup>86</sup>, ces conditions font référence à la*

<sup>78</sup> Pièce C94, citations omises

<sup>79</sup> Pièce C275, 2014-04-29 Pey v Chile-First Session-Summary of Discussion at First Session -§2

<sup>80</sup> Pièce C276, 2014-04-29 Pey v Chile - Draft PO 1 - to parties, §2.2

<sup>81</sup> Pièce C100, Observations des Demanderesses au brouillon d'OP1

<sup>82</sup> 1 ICSID Reports 76

<sup>83</sup> Note explicative "A" à la Règle d'arbitrage n° 9 : "Under Article 57 of the Convention, a party may propose the disqualification of an arbitrator on account of any fact indicating a manifest lack of the qualities required by Article 14(1) or on the ground that he was ineligible for appointment under Section 2 of Chapter IV (see the restrictions relating to nationality in Articles 38 and 39, and the requirement of listing on the Panel of Arbitrators in Article 40(1))"

<sup>84</sup> Règle d'arbitrage n° 3: "Nomination des arbitres à un Tribunal constitué conformément à l'article 37(2)(b) de la Convention"

<sup>85</sup> Règle d'arbitrage n° 4: "Nomination des arbitres par le Président du Conseil administratif"

<sup>86</sup> Voir, entre autres, Schreuer (C.) : The ICSID Convention : A Commentary, Cambridge Univ. Press, 2001, page 1201 ; pièce CL352, Baker (M.)-Greenwood (L.): *Are Challenges Overused in International Arbitration?*, Journal of International Arbitration, Volume 30, Issue 2 (2013), page 106: "So ICSID arbitrations differ in two key ways from commercial arbitrations: (i) the adjudicating body is the tribunal; and (ii) the right to challenge is limited to circumstances in which facts exist which indicate an absence of the three required qualities in an arbitrator: high moral character, competence and the ability to exercise independent judgment (We exclude for present purposes the right to challenge on the grounds of lack of eligibility relating to nationality)"; aucune de

*nationalité de l'arbitre ou à sa présence dans la liste des arbitres de l'article 40(1) de la Convention;*

*b) Quant à la première phrase de cet article 57, elle renvoie à l'article 14(1)<sup>87</sup> de la Convention, qui n'est pas d'application en l'espèce ;*

*c) Au cas où l'acceptation d'une éventuelle proposition de récusation introduite par les Demanderesses pour d'autres motifs serait envisagée, compte tenu de la déstabilisation du Tribunal par la représentation du Chili en récusant à nouveau, pour des motifs dénués de pertinence<sup>88</sup>, le Prof. Philippe Sands, ce qui a causé son départ en janvier 2014<sup>89</sup>, et vu les antécédents spécifiques au présent cas, on ne peut exclure qu'avant que la décision soit signée, la représentation du Chili provoque une crise de la procédure, mettant en œuvre une variante de celle qu'elle avait provoqué en août 2005, et récuse, à nouveau, tous ou la majorité<sup>90</sup> des membres du Tribunal, suscitant ainsi un prétexte pour prolonger la présente procédure et augmenter les dommages infligés aux Demanderesses. Une situation dont celles-ci ne peuvent prendre le risque de créer la possibilité.*

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

*Les Demanderesses réitèrent que leur demande, adressée au Tribunal, d'éclaircir la question de procédure est complètement étrangère à toute considération concernant M. Alexis Mourre - qui a été nommé arbitre après que la question ait été soulevée et dont la personnalité n'a pas été mise en cause<sup>91</sup>."*

120. Avant qu'il ait refusé de trancher la question de droit relevant de la *res iudicata* de la SI -soumise par la voie des articles 38, 56(3), 44 et 41(5) de la Convention en rapport avec les Règles 55(2)(d), 11(2)(a)- le TR avait la pleine connaissance qu'aucun remède effectif ne serait accessible à ce sujet aux Demanderesses auprès du CIRDI dès lors que, le 13 septembre 2013, Mme. la Secrétaire Générale du CIRDI avait pris la position suivante :

---

ces circonstances était pertinente pour résoudre la question de procédure soumise au sujet de la nomination de M. Mourre dans les circonstances du cas d'espèce.

<sup>87</sup> Article n° 14(1) de la Convention : "*Les personnes désignées pour figurer sur les listes doivent jouir d'une haute considération morale, être d'une compétence reconnue en matière juridique, commerciale, industrielle ou financière et offrir toute garantie d'indépendance dans l'exercice de leurs fonctions. (...)*"

<sup>88</sup> Voir les observations des Demanderesses, le 23 janvier 2014, à la proposition de récusation du Prof. Philippe Sands par la représentation du Chili, accessibles dans <http://italaw.com/sites/default/files/case-documents/italaw1617.pdf>

<sup>89</sup> Voir la lettre de l'arbitre Prof. Philippe Sands du 11 septembre 2013 et celle démissionnant du Tribunal le 10 janvier 2014 dans [11LetterfromPhSandsreappointmentPeyCasadovChile.pdf](http://italaw.com/sites/default/files/case-documents/italaw3045.pdf) et <http://italaw.com/sites/default/files/case-documents/italaw3045.pdf>, respectivement

<sup>90</sup> La représentation du Chili avait abandonné le 16 mars 2006 sa récusation à l'égard de l'arbitre M. Leoro, seule raison invoquée par celui-ci pour démissionner le 24 août 2005, et réitéré sa récusation des deux autres arbitres, le Prof. Pierre Lalive et le juge M. Bedjaoui, ancien Président de la Cour Internationale de Justice. La lettre de démission de l'arbitre M. Leoro est accessible dans <https://bit.ly/2qLLs6>

<sup>91</sup> Voir la lettre des Demanderesses du 26 décembre 2013, para. 2, **pièce C94**

*"Nous comprenons que les Demandeurs sont en désaccord avec la conclusion du CIRDI. Il est loisible aux Demandeurs de soulever cette question devant le Tribunal une fois que celui-ci aura été constitué"*<sup>92</sup>.

121. Compte tenu du fait que *"la présente instance est le prolongement de l'arbitrage initial"*<sup>93</sup> et du contexte spécifique des faits survenus au cours de cet arbitrage, en se dispensant de trancher cette question de droit telle que soulevée - les §§34-37 et 729 de la SI – le Tribunal de resoumission :

1) a écarté l'autorité de la chose jugée et rendu complètement inefficace la sanction de la SI à l'égard de l'État du Chili pour le comportement de l'arbitre nommé par lui,

2) a commis une faute grave, ce qui entre dans le champ de l'annulation de l'article 52 -excès de pouvoir, inobservation grave de règles fondamentales de procédure (due, process, égalité des parties dans l'application de la Convention) insuffisance de motifs et vice dans la constitution du Tribunal arbitral ayant mission de fixer le montant de la compensation.

122. Ce vice dans la constitution du Tribunal de resoumission a des conséquences importantes, dans la mesure où il a permis à la République du Chili de nommer un arbitre alors qu'elle n'aurait pas dû en avoir le droit et affecte ainsi la Sentence en resoumission dans son ensemble.

123. A ce titre, les Demanderesses sollicitent du Comité qu'elle soit annulée en totalité.

## **2.2 L'absence de révélation de liens entretenus entre la République du Chili et les Essex Court Chambers constitue un vice dans la constitution du Tribunal et une inobservation grave d'une règle de procédure fondamentale**

124. Le cadre factuel et légal de ce motif d'annulation a été étayé dans la Requête en annulation du 10 novembre 2017 (§§86-185) et dans la section I.2.1 *supra*.

125. Ainsi que les Demanderesses l'ont démontré dans leur Requête en annulation, la Sentence en resoumission est affectée d'un vice majeur, tenant au conflit apparent objectif d'intérêts et au doute en résultant quant à l'indépendance et l'impartialité du Tribunal.

126. Cette situation résulte de l'absence de révélation par les arbitres MM. Veeder et Berman de relations d'affaires démontrant des liens étroits entre la République du Chili et le groupement de *barristers* auquel ils appartiennent, les *Essex Court Chambers* [ECCh], créant un conflit apparent et objectif d'intérêts et mettant en cause l'indépendance et l'impartialité desdits arbitres (2.2.3).

127. Il en résulte tant l'inobservation grave d'une règle de procédure fondamentale qu'un vice dans la constitution du Tribunal (2.2.4).

<sup>92</sup> **Pièce C93**, Réponse de Mme. la Secrétaire Générale du CIRDI le 13 septembre 2013 aux Demanderesses relative à la constitution du Tribunal arbitral de resoumission du différend

<sup>93</sup> **Pièce C9f**, Sentence en resoumission, §188

128. Étant donné le caractère particulier de la situation à laquelle est confronté le Comité, les Demanderesses préciseront à titre liminaire la compétence du Comité *ad hoc* à statuer sur cette question spécifique (2.2.1). Elles préciseront également que le grief contre les arbitres MM. Veeder et Berman a été soulevé par les Demanderesses en temps utile pendant la procédure. (2.2.2).
129. Enfin, la production des documents sollicités de l'État du Chili est nécessaire au parfait établissement de faits relatifs au conflit apparent d'intérêts des arbitres (2.2.5)

**2.2.1 Le Comité *ad hoc* est compétent pour trancher et évaluer la question du conflit apparent d'intérêts de MM. Veeder et Berman *de novo* suite à la présence de faits nouveaux significatifs**

130. Le grief tiré de l'absence d'indépendance et d'impartialité du Tribunal revêt une nature particulière du fait de son caractère procédural. De ce caractère procédural découle en principe l'obligation pour les parties de soulever ce grief au stade de la procédure devant le tribunal arbitral, par le biais d'une demande de récusation, et selon les formes prévues à l'article 57 de la Convention.
131. Lorsqu'une telle demande de récusation échoue, un comité *ad hoc* peut avoir à connaître, au stade de la procédure d'annulation, à la décision du tribunal initial ou du Président du Conseil administratif du CIRDI rejetant la demande de récusation. C'est le cas en l'espèce, le Comité étant confronté à la Première décision sur la récusation des arbitres et à la Seconde décision sur la récusation des arbitres<sup>94</sup>.
132. L'attitude qu'il revenait aux comités *ad hoc* d'adopter dans ce type de circonstance a été débattue par de nombreux comités *ad hoc* dont, récemment, ceux constitués dans les affaires *EDF International c. Argentine* et *Suez c. Argentine*.
133. Dans *EDF International c. Argentine*, le comité *ad hoc* a distingué deux situations :

(I) *Lorsque les parties n'ont pu présenter de demande de récusation en cours de procédure, le comité ad hoc aura pour but d'approcher la question qui lui est posée de novo, et devra déterminer s'il existe un doute raisonnable sur l'indépendance et l'impartialité des arbitres :*

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

- *(a) was the right to raise this matter waived because the party concerned had not raised it sufficiently promptly ?*
- *(b) if not, has the party seeking annulment established facts the existence of which would cause a reasonable person, with knowledge of all the facts, to consider that there were reasonable grounds for doubting that an arbitrator possessed the requisite qualities of independence and impartiality? and*

<sup>94</sup> *Infra*, §140-147, et Requête en annulation, §§141-173

- (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*<sup>95</sup>.

(2) *Lorsqu'une demande de récusation a déjà été rejetée, le contrôle du comité ad hoc apparaît en principe plus circonscrit, et se limite au contrôle du caractère intenable ou manifestement déraisonnable de la décision en cause :*

*"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"*<sup>96</sup>.

134. Le comité *ad hoc* dans l'affaire *Suez c. Argentine* a repris à son compte cette approche, tout en la précisant. Ainsi, le comité a tout d'abord rappelé le standard dégagé par le comité *ad hoc* dans *EDF International*, et considéré que :

*"in order to find that a ground for annulment exists under the standard of review of Articles 52(1)(a) and 52(1)(d) of the convention, the Decision on Disqualification rendered by the two remaining members of the Tribunal would have to be 'so plainly unreasonable that no reasonable decision-maker could have come to such a decision'"*<sup>97</sup>.

135. Le comité *ad hoc* a ensuite expliqué plus en détails ce qui pourrait justifier que la décision antérieure soit manifestement déraisonnable :

*"In the Committee's view, there are circumstances in which a decision could be considered "plainly unreasonable," e.g., if a disqualification proposal was dismissed even though the challenged arbitrator was appointed to the Board of Directors of one of the parties, or was previously consulted by one of the parties on the subject-matter of the case. The seriousness of these examples is corroborated by the fact that they are also captured on the Non-waivable or Waivable Red List of the IBA Guidelines on Conflicts of Interest in International Arbitration ("IBA Guidelines"). There may even be circumstances in which a failure of the challenged arbitrator to disclose substantial circumstances to the Parties could render the decision of the remaining arbitrators "plainly unreasonable," e.g., if a disqualification*

<sup>95</sup> **Pièce C103**, *EDF International*, Décision du comité *ad hoc* du 5 février 2016, § 136. V. aussi les §§ 130 et s.

<sup>96</sup> **Ibid.**, § 145.

<sup>97</sup> **Pièce C109**, *Suez II*, Décision du comité *ad hoc* du 5 mai 2017, § 70

*proposal was dismissed even though the challenged arbitrator failed to disclose that he or she recently served as counsel for one of the parties. Thus, even situations captured in the Orange List of the IBA Guidelines could, in certain circumstances, be of such a seriousness that it could compromise the fundamental integrity of the proceedings and thus would warrant annulment of the award.*

*It will be for this Committee to assess whether the circumstances of the present case give rise to a conflict of interest that is of a comparable seriousness an threat to the fundamental integrity of ICSID arbitration proceedings, which renders the Tribunal's decision 'plainly unreasonable'<sup>98</sup>.*

136. Le comité *ad hoc* a ensuite réservé la possibilité d'entreprendre un contrôle plus étendu, et proche de la seconde situation envisagée par le comité dans l'affaire *EDF International*, en présence de faits nouveaux significatifs<sup>99</sup>.
137. En effet, (et comme précisé aux §§42, 75-85, 91, 92, 94 de la Requête en annulation) lorsque les faits à la base du motif d'annulation de l'article 52(1)(a) n'étaient pas connus avant le prononcé de la Sentence arbitrale, des Comités *ad hoc* ont spécifiquement confirmé leur compétence pour connaître de ce motif, comme l'attestent les Décisions des affaires *Azurix v. Argentina*<sup>100</sup>, *Vivendi II*<sup>101</sup>, *EDF International SA, SAUR International SA and Leon Participaciones Argentinas SA v Argentine Republic*<sup>102</sup>, ou *Suez, Sociedad General de Aguas de Barcelona S.A. and Vivendi Universal S.A.*<sup>103</sup>
138. Ces Décisions sont conformes aux travaux préparatoires de la Convention du CIRDI :

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

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

<sup>98</sup> **Pièce C109**, *Suez II*, Décision du comité *ad hoc* du 5 mai 2017, § 189.

<sup>99</sup> **Ibid.**, § 194 : *"The Committee is of the view that the factual basis underlying the Decision on Disqualification had not changed in a manner that would justify a re-consideration of the facts, i.e., a review beyond the scope identified above"*.

<sup>100</sup> **Pièce C69**, *Azurix Corp. v. The Argentine Republic*, Decision on the Application for Annulment of the Argentine Republic, ICSID Case No. ARB/01/12, 1 September 2009, Dr. Gavan Griffith, Q.C., Judge Bola Ajibola, Mr. Michael Hwang, S.C.

<sup>101</sup> **Pièce C107**, *Vivendi v Argentina (II)*, Annulment Decision, 10 août 2010, accessible dans <http://bit.ly/2eQbuHm>

<sup>102</sup> **Pièce C103**, *EDF International SA, SAUR International SA and Leon Participaciones Argentinas SA v Argentine Republic* (ICSID Case No ARB/03/23), Annulment Decision of 5 February 2016, accessible dans <http://bit.ly/2v08Rti>

<sup>103</sup> **Pièce C109**, ICSID Case No. ARB/03/19, Decision on Argentina's Application for Annulment, 5 mai 2017, accessible dans <http://bit.ly/2prirhT>

*A proposal that the objections covered by (a) should not be advocated for the first time in annulment proceedings but that a party should be required to state any such objection in the actual proceedings before the Tribunal had no support. The proposal that the parties be given an immediate right of redress after a tribunal had decided that it was properly constituted without having to wait for the award was defeated by a majority of 9 to 3.*<sup>104</sup>

139. En l'espèce, l'opacité totale et cumulée de l'État Défendeur, des deux arbitres membres des ECCh, du Tribunal de resoumission et, apparemment, des ECHh elles-mêmes, ainsi que des développements importants intervenus depuis la reddition de la Sentence en resoumission, et, en particulier, après la Première et la Seconde décision sur la récusation des arbitres, justifient que le Comité adopte un contrôle *de novo* de la question de l'indépendance et de l'impartialité des arbitres MM. Berman et Veeder.
140. En effet, et contrairement à ce qu'a été porté à croire le Président du Conseil administratif du CIRDI lors de la récusation de MM. Berman et Veeder, les informations disponibles dans le domaine public lors de l'initiation de la Procédure en resoumission ne permettaient pas aux Demanderesses de connaître ce qu'était le lien unissant la République du Chili aux *Essex Court Chambers* au moment de la nomination desdits arbitres.
141. Les articles de presse se référant à l'affaire *Différend maritime (Pérou c. Chili)* et publiés en 2012, s'ils mentionnent effectivement que M. Wordsworth représente la République du Chili devant la Cour Internationale de Justice, ne font pas mention de l'appartenance de ce dernier aux *Essex Court Chambers*<sup>105</sup>. Il en va de même pour les articles de presse publiés en 2014 et 2015 se référant à l'affaire *Différend maritime (Bolivie c. Chili)*<sup>106</sup>.
142. En toute hypothèse, il a été rappelé ci-dessus que, pour s'opposer à la demande de communication des documents relatifs à la relation qu'elle entretenait avec des membres des *Essex Court Chambers*, la République du Chili a, le 12 avril 2017, invoqué le fait que ces documents avaient été déclarés secrets, et relevaient de l'intérêt national<sup>107</sup>.
143. Par définition, si ces informations étaient secrètes, elles ne pouvaient donc être du domaine public et connues des Demanderesses.
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 28<sup>e</sup> 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<sup>108</sup>, jusqu'à obtenir que le 20 avril 2018 ce Tribunal, sans avoir pris connaissance du contenu de ces informations, les ait considérées « confidentielles »<sup>109</sup> après avoir statué le contraire

<sup>104</sup> **Pièce C15**, Historique de la Convention CIRDI, Vol. II, page 851

<sup>105</sup> Pièce R-36 et

<sup>106</sup> R-39, R-40, R-41, R-42, R-43, R-44

<sup>107</sup> **Pièce C138**

<sup>108</sup> **Pièces C110, C208, C220, C221, C283, C-**

<sup>109</sup> **Pièce C284**

entre le 24 juillet 2017 et le 20 avril 2018<sup>110</sup>. La Fondation Président Allende a formé un appel le 25 avril suivant.<sup>111</sup>

145. Compte tenu de ces éléments nouveaux, le Comité devra à présent déterminer s'il existe un conflit apparent objectif d'intérêts et un doute raisonnable sur l'indépendance et l'impartialité des arbitres, comme s'il statuait pour la première fois.
146. A cette fin, il ne manquera pas de constater que les arbitres lorsqu'ils ont été interrogés pour la première fois par le Centre au cours des procédures de récusation ont pleinement refusé de communiquer quelque information que ce fût à ce sujet.
147. C'est au vu de ces éléments nouveaux que les Demanderesses ont demandé directement aux *Essex Court Chambers* des informations sur leurs activités.<sup>112</sup> C'est également dans ce cadre que s'est inscrit la Demande de production de documents effectuée une première fois devant le Comité *ad hoc* et qui sera réitérée après le Mémoire en Demande.

### 2.2.2 Les Demanderesses ont soulevé le grief tenant au conflit apparent d'intérêt des arbitres en temps utile pendant la procédure

148. Les Demanderesses n'avaient aucune connaissance d'un conflit apparent d'intérêt entre la République du Chili et les arbitres MM. Veeder et Berman avant la publication du 18 septembre 2016 mentionnant des liens secrets ("*sigilosos*") entre la *Essex Court Chambers* et la République du Chili.<sup>113</sup>
149. En effet, ni la République du Chili, ni les arbitres n'ont révélé un quelconque lien entre la *Essex Court Chambers* et la partie Défenderesse - qui a par ailleurs souligné elle-même ultérieurement que l'étendue de cette relation était confidentielle - lors de la nomination des dits arbitres. Ainsi les Demanderesses n'ont pu détecter un conflit apparent lors de l'enquête raisonnable menée entre le 12 décembre 2013<sup>114</sup> et le 6 février 2014.<sup>115</sup> conformément aux règles de l'IBA en matière de conflits d'intérêts dans l'arbitrage international. L'État du Chili a enfreint de la sorte la Règle 7(a) de l'IBA relative à des conflits d'intérêt dans l'arbitrage international.<sup>116</sup>

<sup>110</sup> Pièces C184, C110, C242, C191, C220, C221, C242, C242bis, C243, C244, C245

<sup>111</sup> Pièce C290

<sup>112</sup> Pièces C251, C252, C253

<sup>113</sup> Pièce C191, déclaration publique du Ministre des AA.EE. du Chili le 18 septembre 2016 (trois jours après la notification de la Sentence en resoumission); Pièce C118, Proposition motivée de récusation des arbitres MM. Berman et V.V. Veeder, du 22 novembre 2016, §8 ; conclusion 1<sup>er</sup> (page 39) ; nbp n° 7, pièces y annexées nos. 6 et 7

<sup>114</sup> Pièce C144, le Centre communique son intention de nommer M. Berman comme Président du Tribunal de resoumission

<sup>115</sup> 1<sup>ère</sup> réunion (par téléphone) du Tribunal de resoumission avec les parties. MM. Berman et Veeder ont accepté leur nomination les 13 et 31 janvier 2014, respectivement (pièces C145 et C146)

<sup>116</sup> "A party shall inform an arbitrator, the Arbitral Tribunal, the other parties and the arbitration institution or other appointing authority (if any) of any relationship, direct or indirect, between the arbitrator and the party (or another company of the same group of companies, or an individual having a controlling influence on the party in the arbitration), or between the arbitrator and any person or entity with a direct economic interest in, or a duty to indemnify a party for, the award to be rendered in the arbitration. The party shall do so on its own

150. Si les Demanderesses avaient eu connaissance de l'existence de telles relations, elles se seraient naturellement abstenues de nommer M. Veeder comme arbitre, comme elles l'avaient fait en mai 2013 en renonçant à nommer M. Albert Van den Berg après que celui-ci ait révélé ses rapports professionnels avec l'État chilien.<sup>117</sup>
151. En outre, elle se seraient opposées à la nomination de M. Berman comme arbitre.
152. C'est d'ailleurs exactement ce qu'elles ont fait immédiatement après avoir eu pour la première fois connaissance des liens entre *Essex Court Chambers* et la République du Chili.
153. En effet, le 20 septembre 2016, à savoir deux jours après qu'aient été rendus publics pour la première fois des liens secrets ("*sigilosos*") entre la Défenderesse et des membres des *Essex Court Chambers* pour la première fois, les Demanderesses ont sollicité des arbitres MM. Veeder et Berman qu'ils se conforment à leur obligation de révélation, et qu'ils révèlent :

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

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

*3. si l'un et l'autre des deux arbitres a mené, et à quelle date, une enquête raisonnable - en vertu de leur devoir de due diligence- afin d'identifier des conflits d'intérêts, des faits ou des circonstances raisonnablement susceptibles de soulever des doutes légitimes quant à leur impartialité dans la présente procédure arbitrale où la République du Chili a été condamnée pour manquement au traitement juste et équitable, en ce compris le déni de justice, par la Sentence arbitrale du 8 mai 2008 (Pierre Lalive, M. Chemloul, E. Gaillard), condamnation confirmée par la Décision du Comité ad hoc du 18 décembre 2012 (L.Y. Fortier QC, P. Bernardini, A. El-Kosheri),*

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

---

*initiative at the earliest opportunity."*

<sup>117</sup> Lors de ses échanges avec M. Van de Berg en vue d'une potentielle nomination et suite à la révélation de ce dernier le 21 mai 2013 que: "*J'ai, par le passé, eu l'occasion d'oeuvrer en tant qu'avocat dans le cadre de l'affaire 'République du Chili contre Azeta B.V.', ayant été déférée aux juridictions néerlandaises. Ce dossier concernait des procédures d'exécution forcée lors d'un jugement rendu à Rotterdam en 1984 contre la République du Chili.*", les Demanderesses ont indiqué le 23 mai suivant: "*Je vous écris aujourd'hui avec une très profonde tristesse. Je n'avais la moindre idée du fait que vous aviez été avocat de la République du Chili dans l'affaire Azeta B.V., ce dont vous avez eu la gentillesse de m'informer. Je vous en suis gré, car bien au-delà de notre volonté, cela pourrait dans l'avenir créer des situations objectivement embarrassantes pour vous, ou l'une ou l'autre de parties, dans l'étape à venir de cette procédure d'arbitrage où nous nous sommes trouvés face à des situations tout à fait inattendues et regrettables. (...) Compte tenu de ces précédents, nous aimerions que vous compreniez combien, à notre grand regret, nous considérons qu'il est sage de nous désister de notre proposition du 20 mai dernier*", **pièce C259**

5. *si des membres ou des associés des Essex Court Chambers représentent le Chili d'une manière régulière,*
6. *si dans les trois dernières années des membres des Essex Court Chambers ont agi pour la République du Chili, ou un organisme dépendant de celle-ci, dans des affaires sans rapport avec le présent arbitrage sans que les deux arbitres y aient pris part personnellement,*
7. *si une law firm-Chamber ou un expert qui partagerait des honoraires significatifs ou d'autres revenus avec des membres des Essex Court Chambers rend des services à la République du Chili, ou à un organisme appartenant à celle-ci,*
8. *si une law firm-Chamber associée ou formant alliance avec des membres des Essex Court Chambers mais qui ne partagerait pas des honoraires significatifs ou d'autres revenus de membres des Essex Court Chambers, prête des services à la République du Chili, ou à un organisme appartenant à celle-ci"*<sup>118</sup>.

154. Le 13 octobre 2016, les Demanderesses ont également adressé par l'intermédiaire du CIRDI une demande à l'État Défendeur, leur demandant de :

*"Au cas où se confirmeraient les craintes concernant une absence de révélation au Centre par la République du Chili de toutes ses relations avec des membres des Essex Court Chambers, les Demanderesses sollicitent que la République du Chili les lui révèle pleinement au plus tard le 17 octobre 2016 compte tenu du fait que le délai de la Règle d'arbitrage n°. 49 se termine huit jours ouvrables après, en particulier*

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

---

<sup>118</sup> **Pièce C125**, Courrier des Demanderesses à Mme la Secrétaire Générale du CIRDI du 20 septembre 2016

7. *si les membres des Essex Court Chambers au service de la République du Chili ont mis en place un ethical screen ou une Chinese Wall comme bouclier desdits deux arbitres à l'égard des autres travaux, et à quelles dates,*
8. *quels sont les membres, les assistants ou autres personnes desdites Chambers qui reçoivent des instructions, des financements ou qui seraient impliqués, de quelque manière que ce soit, directement ou indirectement, avec la République du Chili ou un organisme dépendant de celle-ci,*
9. *si dans les trois dernières années des membres des Essex Court Chambers ont agi pour la République du Chili, ou un organisme dépendant de celle-ci, dans des affaires sans rapport avec le présent arbitrage sans que les deux arbitres y aient pris part personnellement,*
10. *si une law firm-Chamber ou un expert qui partagerait des honoraires significatifs ou d'autres revenus avec des membres des Essex Court Chambers rend des services à la République du Chili, ou à un organisme appartenant à celle-ci, et depuis quelles dates,*
11. *si une law firm-Chamber associée ou formant alliance avec des membres des Essex Court Chambers, mais qui ne partagerait pas des honoraires significatifs ou d'autres revenus de membres des Essex Court Chambers, prête des services à la République du Chili, ou à un organisme appartenant à celle-ci et à quelles dates.*"<sup>119</sup>

155. Les demandes des Demanderesses n'ont pas été suivies d'effet, malgré leur réitération, le 27 octobre 2016, dans le cadre de leur requête en vue de la correction de la Sentence du 13 septembre 2016<sup>120</sup>.
156. Le 21 novembre 2016, le Tribunal de resoumission a purement et simplement refusé d'y donner suite<sup>121</sup>.
157. Les Demanderesses ont réitéré à plusieurs reprises leurs demandes, au cours de la procédure de correction d'erreurs matérielles, en vain<sup>122</sup>.
158. En mars 2017, les Demanderesses ont adressé une demande d'information officielle à l'administration chilienne.
159. Le 12 avril 2017, le Ministère chilien des Affaires Étrangères a reconnu l'existence de rapports entre les Essex Court Chambers et l'État du Chili depuis 2005, mais a refusé d'en donner le détail, en excipant du fait que ces informations relevaient de "l'intérêt national"<sup>123</sup>.

---

<sup>119</sup> **Pièce C174bis**, page 8

<sup>120</sup> **Pièce C126**

<sup>121</sup> **Pièce C134**

<sup>122</sup> Requête en annulation, §§97, 102, 105, 111, 112, 116, 119, 120, 123, 126, 127, 138(b), 174, 181

<sup>123</sup> **Pièce C138**, Réponse des autorités du Chili à un conseil de la Fondation "Président Allende" en date du 12

160. Le 27 juin 2017, les Demanderesses ont alors sollicité des juridictions chiliennes qu'elles ordonnent au Ministère des Affaires Étrangères de produire les paiements effectués à des membres dudit groupement d'avocats.<sup>124</sup>

161. Le 24 juillet 2017, le 28<sup>ème</sup> Tribunal civil de Santiago du Chili, après avoir admis la demande de la Fondation espagnole, a ordonné :

*"que soit décrétée la mesure préjudicielle de production de documents dont disposerait le Ministère des Affaires Étrangères visant à accréditer l'existence de paiements effectués par le Ministère des Affaires Étrangères ou tout autre organisme qui lui serait subordonné, à tout membre ou avocat du cabinet d'avocats dénommé Essex Court Chambers, de Londres (Royaume-Uni), depuis le 1er Janvier 2005 à ce jour. "*<sup>125</sup>

162. La République du Chili refuse depuis de se conformer à cette injonction<sup>126</sup>.

163. Considérant que les Demanderesses ont soulevé ce grief dès qu'elles ont eu connaissance des liens entre la République du Chili et la Essex Court Chambers, les Demanderesses sont en droit de soulever le grief tenant au vice dans la constitution du Tribunal et à la violation grave d'une règle fondamentale de procédure en résultant devant le Comité *ad hoc*.

### **2.2.3 L'existence de liens étroits entre la République du Chili et les Essex Court Chambers, de surcroît non révélée aux Demanderesses pendant la procédure, est de nature à mettre en cause l'impartialité et l'indépendance des arbitres**

164. La République du Chili et les Essex Court Chambers entretiennent des liens étroits (2.2.3.1) qui constituent pour MM. Veeder et Berman un conflit d'intérêt apparent (2.2.3.2) dont l'absence de révélation met en doute leur indépendance et leur impartialité (2.2.3.3).

---

avril 2017

<sup>124</sup> Pièce C184

<sup>125</sup> Pièce C110

<sup>126</sup> Requête en annulation, §180, et lettre des Demanderesses au Comité *ad hoc* des 21 décembre 2017 (§§16-1926) et 2 février 2018 (§3 : « Aujourd'hui l'État Défendeur s'applique pareillement à paralyser l'injonction du 28<sup>ème</sup> Tribunal civil de Santiago du 24 juillet 2017 afin de priver les Demanderesses d'une preuve nécessaire à la formulation d'une demande civile pour responsabilité extracontractuelle. Pour cela il n'hésite pas à passer à la contrainte/obstruction envers cette juridiction » ; §15 : « les 5 et 12 janvier 2018, le Conseil de Défense de l'État, qui assure sa représentation devant le 28<sup>ème</sup> Tribunal civil de Santiago, a déposé auprès de celui-ci deux sommations, dont la portée intimidatrice est à peine voilée, demandant de manière pressante que soit privée d'effet ladite injonction après avoir refusé d'y déférer»).

La décision du 20 avril 2018 du 28<sup>ème</sup> Tribunal civil invoque l'article 277 du Code de Procédure civile : « S'il y avait lieu (...) 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 (...) », pièces C284f, C290f et C292f

### 2.2.3.1 Les relations étroites entre la République du Chili et des membres antérieurs ou actuels des Essex Court Chambers depuis 1998 à ce jour

165. Comme les Demanderesses l'ont déjà exposé dans leur Requête en annulation, elles ont appris après la reddition de la Sentence de resoumission que la République du Chili entretenait des liens fréquents sur des sujets stratégiques avec plusieurs *barristers* des *Essex Court Chambers*, dont sont membres deux des arbitres du Tribunal de resoumission, à savoir MM. Veeder et Berman. Cette information ne leur a pas été révélée au cours de la Procédure en resoumission.
166. Ainsi, après le 18 septembre 2016 a été portée à la connaissance des Demanderesses une déclaration publique du Ministre des Affaires Étrangères, que le Chili avait des liens "sigilosos" avec des membres des *Essex Court Chambers*<sup>127</sup>.
167. Il a été par la suite également porté à la connaissance des Demanderesses que d'autres membres des *Essex Court Chambers* avaient représenté l'État du Chili, ou des entités lui appartenant, par le passé, tant avant qu'après la Procédure en resoumission, ou continuaient à le faire à ce jour. Certaines de ces informations ont pu être corroborées ultérieurement, en particulier :
- **M. Samuel Wordsworth QC**, conseil de la République du Chili devant la Cour Internationale de Justice dans les procédures portant sur un Différend Maritime (*Pérou c. Chili*). Cette procédure, initiée le 16 janvier 2008, s'est achevée par un jugement en date du 27 janvier 2014. On rappellera que la Procédure de resoumission a été initiée le 18 juin 2013, et que la procédure en annulation de la Sentence initiale a occupé les parties entre septembre 2008 et décembre 2012<sup>128</sup>. M. Wordsworth représente également le Chili devant la Cour Internationale de Justice dans l'affaire Obligation de négocier un accès à l'océan Pacifique (*Bolivie c. Chili*), initiée le 24 avril 2013 et qui est toujours en cours<sup>129</sup>.
  - **M. Christopher Greenwood QC**, qui a conseillé le Chili dans la procédure Différend Maritime (*Pérou c. Chili*) devant la Cour Internationale de Justice<sup>130</sup>;
  - **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 2007<sup>131</sup> - dans une affaire en

<sup>127</sup> **Pièce C141**, Déclaration du Ministre des Affaires Étrangères à la presse du 18 septembre 2016

<sup>128</sup> Site Internet de la CIJ : <http://www.icj-cij.org/en/case/137>

<sup>129</sup> **Pièce C285**, Déclaration du Ministre des Affaires Étrangères à la presse du 18 septembre 2016

<sup>130</sup> **Pièces C286, C287 et C288**

<sup>131</sup> **Pièce C128**, §§23-24

rapport avec la Compañía Minera Doña Inés de Collahuasi, dont le siège est au Chili<sup>132</sup> ;

- **M. Lawrence Collins**, qui avait représenté la République du Chili lors du procès en extradition du général Pinochet au Royaume-Uni pour être jugée en Espagne initié par la Fondation Président Allende<sup>133</sup>, est devenu membre des Essex Court Chambers en 2012<sup>134</sup>.

168. Malgré ces liens nombreux et répétés dans le temps, ils n'ont pas été révélés par les arbitres MM. Veeder et Berman au moment de leur nomination dans la Procédure en resoumission.
169. Les relations antérieures et concomitantes à la Procédure de resoumission entretenues entre la République du Chili et les *Essex Court Chambers*, qui n'ont été révélées ni par les arbitres MM. Veeder et Berman, ni par la République du Chili, sont ainsi à l'origine de la demande de production de documents qu'ont formulée les Demanderesses le 21 décembre 2017, et qu'elles seront amenées à réitérer en mars et avril 2018<sup>135</sup>, conformément à l'Ordonnance de procédure n° 1 du 7 mars 2018.
170. Les Demanderesses soutiennent que ces liens, et leur étendue importante, sont à l'origine d'un conflit apparent d'intérêts objectif qui, n'ayant pas été révélé, est générateur d'une apparence d'absence d'indépendance et d'impartialité du Tribunal de resoumission.

### 2.2.3.2 Les relations étroites entre la République du Chili et les *Essex Court Chambers* constituent un conflit apparent d'intérêt

171. Les relations d'affaires entre des membres de la Essex Court Chambers et la République du Chili sont constitutives d'un conflit apparent d'intérêts conformément aux *IBA Guidelines on Conflict of Interest in International Arbitration* ci-après "*IBA Rules*"), créant un doute sur l'impartialité et sur l'indépendance des arbitres MM. Veeder et Berman.
172. En effet, les IBA Rules identifient un nombre de situations créant un conflit d'intérêt entre les arbitres et les parties qui s'apparentent à la nature et l'étendue des relations entretenues entre la République du Chili et les *Essex Court Chambers* (a).
173. Quoique ces règles s'appliquent aux membres d'un cabinet d'avocats, structure différente d'une *Chambers* au sens strict, les Demanderesses démontreront qu'en réalité, compte tenu des similarités entre le fonctionnement de la *Essex Court Chambers* et un cabinet d'avocats, des règles non moins strictes sont applicables à cette structure (b).

<sup>132</sup> Voir le site <http://www.collahuasi.cl/es/>

<sup>133</sup> 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/2ILliT> (es)

<sup>134</sup> **Pièce C128**, §§ 26, 100 et s.

<sup>135</sup> **Pièces C251 à C253**

- (a) Les relations étroites entre la République du Chili et l'Essex Court Chambers révèlent un conflit apparent d'intérêt sous la Non-Waivable Red List, la Waivable Red List et la Orange List des IBA Rules

174. Selon la Non-Waivable Red List, qui recense les situations les plus graves, celles dans lesquelles "*an objective conflict of interest exists from the point of view of a reasonable third person having knowledge of the relevant facts and circumstances*"<sup>136</sup>, et pour lesquelles "*acceptance of such a situation cannot cure the conflict*"<sup>137</sup>, l'article 1.4 vise la situation dans laquelle :

*"The arbitrator or his or her firm regularly advises the party, or an affiliate of the party, and the arbitrator or his or her firm derives significant financial income therefrom"*<sup>138</sup>.

175. Au vu de ce qui a été exposé ci-avant, cette situation trouverait pleinement à s'appliquer dans le cas d'espèce à MM. Veeder et Berman.

176. Au sein de la *Waivable red list*, qui recense les situations "*serious but not as severe*" que celles de la Non-Waivable red list, et dans lesquelles "*because of their seriousness, unlike circumstances described in the Orange List, these situations should be considered waivable, but only if and when the parties, being aware of the conflict of interest situation, expressly state their willingness to have such a person act as arbitrator, as set forth in General Standard 4(c)*"<sup>139</sup>, l'article 2.3.5 vise la situation dans laquelle :

*"The arbitrator's law firm currently has a significant commercial relationship with one of the parties, or an affiliate of one of the parties"*<sup>140</sup>.

177. Là encore, cette situation aurait décrit de manière exacte la relation qu'entretiennent la République du Chili et les *Essex Court Chambers*.

178. Au sein de la *Orange list*, qui regroupe les situations qui "*depending on the facts of a given case, may, in the eyes of the parties, give rise to doubts as to the arbitrator's impartiality or independence*"<sup>141</sup>, l'article 3.1.4 vise la situation dans laquelle :

*"The arbitrator's law firm has, within the past three years, acted for or against one of the parties, or an affiliate of one of the parties, in an unrelated matter without the involvement of the arbitrator"*<sup>142</sup>.

179. L'article 3.2.1 de la *Orange List* vise également la situation dans laquelle :

---

<sup>136</sup> IBA Rules, p. 17

<sup>137</sup> IBA Rules, p. 17

<sup>138</sup> IBA Rules, article 1.4 de la *Non-waivable red list*.

<sup>139</sup> IBA Rules, p. 17

<sup>140</sup> IBA Rules, article 2.3.5 de la *waivable red-list*

<sup>141</sup> IBA Rules, p. 18

<sup>142</sup> IBA Rules, article 3.1.4 de la *orange list*

*"The arbitrator's law firm is currently rendering services to one of the parties, or to an affiliate of one of the parties, without creating a significant commercial relationship for the law firm and without the involvement of the arbitrator"*<sup>143</sup>.

180. Ou encore l'article 3.2.3 de la *Orange List* :

*"The arbitrator or his or her firm represents a party, or an affiliate of one of the parties to the arbitration, on a regular basis, but such representation does not concern the current dispute"*<sup>144</sup>.

181. Une fois de plus, ces situations trouveraient à s'appliquer en l'espèce, à MM. Berman et Veeder.

182. Afin de déterminer la nature exacte et l'étendue des relations entretenues il est indispensable que les Demanderesses et le Tribunal aient accès à un nombre de documents dont seule la République du Chili a la possession.

(b) L'appartenance de MM. Veeder et Berman à une Chamber plutôt qu'à un cabinet d'avocats est indifférente quant à l'appréciation du conflit d'intérêt

183. Lors de l'élaboration des Lignes directrices de l'International Bar Association sur les conflits d'intérêts dans l'arbitrage international (les "IBA Rules") de 2004, la question de l'application de l'obligation de révélation aux *barristers* a été abordée au cours des travaux préparatoires.

184. Il a ainsi été souligné que :

*"While the peculiar nature of the constitution of barristers' chambers is well recognised and generally accepted in England by the legal profession and by the courts, it is acknowledged by the Working Group that, to many who are not familiar with the workings of the English Bar, particularly in light of the content of the promotional material which many chambers now disseminate, **there is an understandable perception that barristers' chambers should be treated in the same way as law firms**"*<sup>145</sup>.

(...)

*the Working Group considers that full disclosure to the parties of the involvement of more than one barrister in the same chambers in any particular case is highly desirable. Thus, barristers (including persons who are 'door tenants' or otherwise affiliated to the same chambers) should make full disclosure as soon as they become aware of the involvement of another member of the same chambers in the same arbitration, whether as arbitrator, counsel, or in any other capacity"*<sup>146</sup>. (Nous soulignons).

<sup>143</sup> IBA Rules, article 3.2.1 de la *orange list*

<sup>144</sup> IBA Rules, article 3.2.3 de la *orange list*

<sup>146</sup> O. de Witt Wijnen, N. Voser et N. Rao, "Background Information on the IBA Guidelines on Conflicts of Interest in International Arbitration", *Business Law International*, 2004, p. 433 et s.

185. Conformément aux recommandations émises par le groupe de travail, l'article 3.3.2 de la *Orange List* des IBA Rules de 2014, qui recense les situations pouvant faire naître des doutes légitimes dans l'esprit des parties quant à l'impartialité et à l'indépendance de l'arbitre, vise expressément le cas où arbitres et conseils intervenant au cours d'un même arbitrage seraient membres de la même *chamber* :

*"The arbitrator and another arbitrator, or the counsel for one of the parties, are members of the same barristers' chambers"*<sup>147</sup>.

186. Si les exemples énumérés ci-dessus de situations impliquant un conflit d'intérêts selon la *Non Waivable Red List*, la *Waivable Red List* et la *Orange List* ne concernent pas spécifiquement la situation où une des parties a des liens avec la *chambers* dans lequel exerce l'un des arbitres (contrairement à un cabinet d'avocats), les Demanderesses considèrent qu'ils n'en demeurent pas moins applicables à la situation d'espèce.

187. Ce type de conflit d'intérêt a été envisagé par les rédacteurs des IBA Rules, comme en témoigne la Règle n°6 et son commentaire.

188. La Règle n° 6, qui traite des relations entre une partie et la structure d'exercice à laquelle appartient un arbitre, dispose que :

*"The arbitrator is in principle considered to bear the identity of his or her law firm, but when considering the relevance of facts or circumstances to determine whether a potential conflict of interest exists, or whether disclosure should be made, the activities of an arbitrator's law firm, if any, and the relationship of the arbitrator with the law firm, should be considered in each individual case"*<sup>148</sup>.

189. Le commentaire de la Règle n° 6 envisage brièvement l'application de cette disposition aux *barristers*, en énonçant que :

*"Although barristers' chambers should not be equated with law firms for the purpose of conflicts, and no general standard is proffered for barristers' chambers, disclosure may be warranted in view of the relationships among barristers, parties or counsel"*<sup>149</sup>.

190. Il y a lieu de relever que la traduction concrète de la Règle n° 6 appliquée à la situation des *barristers* dans les différentes listes d'exemples fournies par les IBA Rules apparaît très en-deçà de l'application de cette Règle aux avocats membres d'une *law firm*.

191. Or, il n'existe aucune raison objective d'appliquer un traitement préférentiel aux *barristers* par rapport aux *solicitors* ou aux autres types d'avocats exerçant dans une *law firm* pour l'application des règles relatives à la révélation des conflits d'intérêts. Une

---

<sup>147</sup> IBA Rules 2014, Article 3.3.2 de la Liste Orange.

<sup>148</sup> IBA Rules, Rule n° 6

<sup>149</sup> Lignes directrices de l'IBA sur les conflits d'intérêts dans l'arbitrage international, 2014, commentaire sous la Règle générale n° 6.

situation objective de *quasi law firms* que résume M. Peter Ashrof dans “*The reality of those barristers’ chambers most active in international arbitration.*”<sup>150</sup>

192. Cette application différenciée que font les IBA Rules selon qu'est en cause un avocat exerçant au sein d'une *law firm* ou un *barrister* au sein d'une *chamber*, ne trouve aucun fondement dans la Convention ou le Règlement d'arbitrage, et aucune justification rationnelle dès lors que le fonctionnement des *chambers* a évolué au cours des deux dernières décennies jusqu'à ressembler fortement à celui des *law firms*. Comme l'affirme le prof. Griffiths-Baker :

*"chambers afford other benefits for individual barristers. They may call upon each other for advice on points of law, share the cost of training, (...) this in turn has strengthened collegiality amongst barristers (...)"*.<sup>151</sup>

193. En particulier, les *chambers* ont développé des techniques de marketing et de promotion similaires à celles utilisées par des *law firms*. La réussite d'un *barrister* peut être ainsi mise en avant pour servir les intérêts promotionnels de la *chamber*, ce qui permet à celle-ci d'en profiter, ainsi que l'ensemble de ses membres.

194. En effet, et comme l'explique la doctrine en arbitrage international :

*"In England, and a few other jurisdictions, some lawyers practice together in 'chambers' which are organized as collections of sole practitioners who share certain common costs but who are otherwise financially and professionally independent. English courts historically rejected claims that a barrister, nominated as arbitrator, should be removed because he or she was in the same chambers as counsel to one of the parties. Foreign courts also generally reached similar results.*

*These conclusions rested, however, on assumptions regarding the commercial structure and professional setting of barristers' chambers. In recent years, this structure and setting has significantly evolved, with barristers' chambers increasingly engaging in common promotional, training and other professional activities comparable to those of law firms. As a consequence, conclusions regarding barristers' independence must be re-examined in light of the realities of contemporary practice. That reexamination has occurred in several recent cases, with some authorities now holding that, at least in international cases, the relationship between members of barristers' chambers are relevant to an arbitrators' independence in much the same manner that relationships within law firms are relevant"* (nous soulignons)<sup>152</sup>.

*"Not all are convinced, however, that the integrity of proceedings remains uncompromised when barristers from one set of chambers serve as arbitrators and counsel in the same arbitration. Shared profits are not the only type of professional relationships that can create potential conflicts. Senior barristers often have significant influence on the progress of junior colleagues' careers. Moreover, London chambers increasingly brand themselves as*

<sup>150</sup> Ashrof (Peter): Handbook on International Commercial Arbitration, Huntington, N.Y. : JurisNet, LLC, 2014, Second Edition, page 116 et ss., accessible dans <https://bit.ly/2CXGL1K>

<sup>151</sup> **Pièce CL270**, Griffiths-Baker (J.), *Serving Two Masters : Conflicts of Interest in the Modern Law Firm*, edited by Tullio Scovazzi, and Professor Francesco Francioni, Bloomsbury Publishing PLC, 2002, page 52

<sup>152</sup> **Pièce CL339**, Born (G.), "Chapter 12 : Selection, Challenge and Replacement of Arbitrators in International Arbitration" in *International Commercial Arbitration*, 2<sup>nd</sup> Ed., 204, Kluwer International Law, p. 1894.

*specialists in particular fields, with senior 'clerks' taking on marketing roles for the chambers, sometimes travelling to stimulate collective business. Moreover, a barrister's success means an enhanced reputation, which in turn reflects on the chambers as a whole" (nous soulignons)<sup>153</sup>.*

*"Significant changes occurred in the 90's and the beginning of the 2000's to the way in which chambers presented and marketed themselves. The practice of law in general became more commercial and the prohibition on advertising by barristers was lifted. Some chambers grew very considerably in size and whereas chambers used to be known simply by the postal address of the building from which the members practiced, more and more they started to brand themselves by the name of the chambers, the previous address of the chambers or the name of an illustrious former head of chambers" (nous soulignons)<sup>154</sup>.*

*"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)<sup>155</sup>.*

195. Cette publicité, et le surplus d'activité qui peut en résulter, influe directement sur la performance de la *chamber*, puisque celle-ci est financée par ses membres à proportion de leurs revenus, et leur offre des services communs.

196. Ainsi que le relèvent les praticiens Mark Green et Edith A Robertson dans une étude réalisée à ce sujet :

*"1) Barristers (...) can benefit from considering how the collective entity -the chambers-can be made more profitable. It is not necessarily appropriate for the chambers entity to make a profit in the sense of a financial surplus. However, it is relevant to talk about a profitable set of chambers, in the sense of a chambers that offers each of its barrister members the opportunity to pursue a profitable practice.*

*The income of chambers (...) is directly related to the amount of money that the members of chambers receive over any given period, regardless of the procedure or process adopted for contributions.*

*2) 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"<sup>156</sup>.*

<sup>153</sup> **Pièce CL340** - W. W. Park, "Arbitrator Bias", *Transnational Dispute Management*, Vol. 12, Issue 6, November 2015.

<sup>154</sup> **Pièce CL153**, K. Daele, "Chapter 6 : Challenge and Disqualification on the Ground of Independence Issues" in *Challenge and Disqualification of Arbitrators in International Arbitration*, Kluwer Law International, 2012, § 6-107.

<sup>155</sup> **Pièce CL154** - A. H. Merjian, "Caveat arbitrator : 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.

<sup>156</sup> **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, accessible dans <http://bit.ly/2F7HL5f> ; v. également **pièce CL346**, Smith (C.),

197. C'est une analyse similaire que fait le Dr Marc K Peter, directeur de *LexisNexis Butterworths* :

*"Greater numbers of individual barristers and chambers are engaging in strategic, well executed marketing plans to attract regular, well-paid work.*

*The LN survey indicates that over half of barristers believe that having a clear marketing strategy cemented directly to business goals can lead to the success of the chambers"* (nous soulignons)<sup>157</sup>.

198. Les considérations qui précèdent s'appliquent tout particulièrement aux *Essex Court Chambers*, qui occupent une place prépondérante sur la place londonienne de l'arbitrage international, et se décrivent elles-mêmes comme *"a leading set of barristers' chambers, specialising in commercial and financial litigation, arbitration, public law and public international law"*<sup>158</sup>.

199. Comme l'a d'ailleurs remarqué le tribunal dans l'affaire *Hrvatska Elektroprivreda c. Slovenia* dans une affaire les concernant directement :

*"Barristers are sole practitioners. Their Chambers are not law firms. Over the years it has often been accepted that members of the same Chambers, acting as counsel, appear before other fellow members acting as arbitrators.*

(...)

*It is, however, equally true that this practice is not universally understood let alone universally agreed, and that 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.. ." (nous soulignons)<sup>159</sup>.*

200. Enfin, bien qu'ils se disent professionnels indépendants, les *barristers* partagent au sein d'une *chamber* des locaux, ce qui rend vraisemblable que, dans le déroulement normal de leurs interactions quotidiennes, ils soient amenés à discuter entre eux des dossiers dont ils traitent, en l'absence de règle contraignante en sens contraire ou de *Chinese wall* créée à cet effet pour les besoins d'un dossier. Comme l'affirme Mr. Athelstane Aamodt, *barrister* à 4-5 Gray's Inn Square:

---

*"Mansfield team move chambers"*, un article publié le 9 novembre 2015 dans *Reporter LS Gaz*, 9 Nov, 6 (2), accessible dans <http://bit.ly/2F6e58A>, 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%.

<sup>157</sup> **Pièce CL344**, Peter (M.), director at LexisNexis Butterworths, *Smart Investment (Pt2)*, article publié le 24 janvier 2016 dans *Reporter* 166 NLJ 7684, p20, accessible dans <http://bit.ly/2FedULA> ; voir également pièce **CL345**, Ronan (C), chief executive, St John's Buildings, *Driving change at the Bar*, un article publié le 14 juillet 2017 dans *Reporter* 167 NLJ 7754, p20, accessible dans <http://bit.ly/2FiZpGg>

<sup>158</sup> Page d'accueil du site Internet des Essex Court Chambers < <https://essexcourt.com/>>.

<sup>159</sup> **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.

*"The first thing I do when I go into chambers is check my pigeonhole. I wager that all barristers do this, on average, about one hundred times a day. The reason for this is simple. Paper in your pigeonhole usually means that you've been paid.*

*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."<sup>160</sup>*

201. Les raisons exposées ci-dessus démontrent qu'il n'existe pas de motif valable, en matière d'arbitrage international, pour établir une distinction dans la manière dont s'apprécient les conflits d'intérêts au sein de *chambers* ou de *law firms*.
202. Dans ces circonstances, les liens existants entre la République du Chili et des membres des *Essex Court Chambers*, qui n'ont pas été révélés ni par les arbitres MM. Berman et Veeder ni par la République du Chili, soulèvent un conflit d'intérêts qui crée un doute raisonnable concernant l'indépendance et l'impartialité du Tribunal de resoumission, et justifie l'annulation de la Sentence en resoumission.

### **2.2.3.3 L'absence de révélation des liens étroits entre la République du Chili et les Essex Courts Chambers met en cause l'indépendance et l'impartialité des arbitres**

203. Les arbitres statuant sous l'égide des règles CIRDI ont l'obligation de révéler toute circonstance pouvant mettre en cause leur indépendance et leur impartialité (a). Cette obligation de révélation s'étend aux faits qui sont prétendument dans le domaine public (b). Dans le cas particulier où l'arbitre est un *barrister*, comme indiqué ci-dessus, il n'existe aucune raison, en matière d'arbitrage international, en particulier dans le système du CIRDI, de le traiter différemment de ce qui serait le cas s'il était membre d'un cabinet d'avocats. Finalement, cette obligation de révélation s'étend également aux parties (c). L'absence de révélation des circonstances rappelées ci-dessus met donc en cause l'impartialité et l'indépendance des arbitres Berman et Veeder (d).

#### (a) L'obligation de révélation des arbitres

204. Les arbitres sont tenus de révéler toute circonstance susceptible de mettre en cause leur indépendance et leur impartialité
205. Les obligations de révélation des arbitres statuant sous l'égide du CIRDI sont régis par l'article 6(2) du Règlement. Cet article détaille la mention que doivent compléter les arbitres, qui dispose notamment :

*"Est jointe à la présente une déclaration concernant (a) mes relations professionnelles d'affaires et autres (s'il en existe) avec les parties, passées et actuelles, et (b) toute autre circonstance qui pourrait conduire une partie à mettre en cause ma garantie d'indépendance. Je reconnais qu'en signant cette déclaration, je souscris l'obligation continue de notifier au Secrétaire général du Centre, dans les plus brefs délais, toute relation ou circonstance qui apparaîtrait ultérieurement au cours de l'instance".*

<sup>160</sup> Pièce CL342, Aamodt (A.), *A life in the day*, Reporter, 166 NLJ 7692, p22, accessible dans <http://bit.ly/2csync5>

206. On notera également les termes similaires employés à l'article 3 de ces Principes de l'IBA :

- (a) *If facts or circumstances exist that may, in the eyes of the parties, give rise to doubts as to the arbitrator's impartiality or independence, the arbitrator shall disclose such facts or circumstances to the parties, the arbitration institution or other appointing authority (if any, and if so required by the applicable institutional rules) and the co-arbitrators, if any, prior to accepting his or her appointment or, if thereafter, as soon as he or she learns of them.*
- (b) *An advance declaration or waiver in relation to possible conflicts of interest arising from facts and circumstances that may arise in the future does not discharge the arbitrator's ongoing duty of disclosure under General Standard 3(a).*
- (c) *Any doubt as to whether an arbitrator should disclose certain facts or circumstances should be resolved in favour of disclosure.*
- (d) *When considering whether facts or circumstances exist that should be disclosed, the arbitrator shall not take into account whether the arbitration is at the beginning or at a later stage.*

207. En l'espèce, il est reproché à MM. Veeder et Berman de ne pas avoir révélé d'autres circonstances déterminantes.

208. Comme l'indique un auteur, la référence à "toute autre circonstance" dans le second membre de l'article 6(2) est à entendre comme la plus large possible :

*"The term 'any other circumstance' refers to any other circumstance than the relationships of the arbitrator with the parties. It is a catch-all category that includes virtually any kind of relationship, interest or contact with anything or anyone that is in some degree related to the case. It includes relationships of the arbitrator and the arbitrator's law-firm with counsel, co-arbitrators and fact or expert witnesses appearing in the matter"*<sup>161</sup>.

209. Selon le même auteur, le doute auquel peut faire face un arbitre sur le contenu de sa déclaration doit être résolu en faveur de la révélation :

*"The disclosure is limited to those circumstances that 'might cause the arbitrator's reliability for independent judgment to be questioned'. By requiring the disclosure of circumstances that 'might cause' the arbitrator's reliability to be questioned, only those circumstances that do not cause the reliability to be questioned are excluded from disclosure. If there is a possibility, not a certainty, that a circumstance calls the arbitrator's reliability for independent judgment into question, disclosure should be made"*<sup>162</sup>.

<sup>161</sup> **Pièce C153**, 'Chapter 1: Disclosure', in Karel Daele, Challenge and Disqualification of Arbitrators in International Arbitration, International Arbitration Law Library, Volume 24 (© Kluwer Law International; Kluwer Law International 2012) pp. 1 - 64, § 1-020.

<sup>162</sup> **Ibid.**, pp. 1 - 64, § 1-021

210. Comme les Demanderesses l'ont également exposé au § 130 de leur Requête en annulation, le contenu de la révélation doit être appréciée du point de vue des parties:

*"1-017. The drafting history of the ICSID Rules supports this point. (...)*

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

*1-026 A good example is the use of English barristers in international arbitration (...) non-English parties and counsel are far less familiar with the concept of barrister chambers (...)*

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

*1-037. The issue as to whether a fact requires disclosure is to be viewed from the perspective of the parties. That is the meaning of the 'may be questioned by the parties' language in ICSID Rule 6(2)(b)"<sup>163</sup>.*

(b) L'obligation de révélation s'étend aux faits qui sont du domaine public

211. Tel que précisé par la jurisprudence arbitrale ainsi que la doctrine, la Convention n'exclut pas les informations accessibles au public du périmètre de l'obligation de révélation :

212. En effet, Daele souligne:

*"(...) exempted information in the public domain from disclosure (...) such exemption is nowhere to be found in the ICSID Rules and it has been rejected in other ICSID challenge decisions that will be analyzed"<sup>164</sup>.*

213. Plusieurs décisions se sont également prononcées en ce sens. Comme les Demanderesses l'ont déjà mentionné au §129 de la Requête en annulation, le Tribunal dans l'affaire *Tidewater Inc et altri v. Venezuela* a décidé que :

*"Arbitration Rule 6(2) does not limit disclosure to circumstances which would not be known in the public domain. The wording of this rule is all encompassing without distinguishing among categories of circumstances to be disclosed"<sup>165</sup>.*

214. Les tribunaux du CIRDI ont également considéré que les arbitres ne devaient pas compter sur la diligence des parties et étaient dans une meilleure situation qu'elles pour révéler des informations, fussent-elles accessibles au public :

<sup>163</sup> **Pièce C153**, Daele (Karel), *Challenge and Disqualification of Arbitrators in International Arbitration*, International Arbitration Law Library, Volume 24(© Kluwer Law International; Kluwer Law International 2012)

<sup>164</sup> **Ibid.**,

<sup>165</sup> **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, §46, accessible dans <http://bit.ly/2sJWOrd>

"The Two Members agree with Tidewater that in general, in considering the scope of her duty of disclosure, the arbitrator may not count on the due diligence of the parties' counsel. As pointed out by Tidewater, arbitrators will always be in 'the best position to gather, evaluate, and disclose accurate information relevant to their potential conflicts'"<sup>166</sup>.

215. La Requête du 7 novembre 2017 cite également au §128 l'affirmation dans le même sens du Président du Conseil Administratif du CIRDI dans l'affaire *Universal Compression v. Venezuela*:

"In order to ensure that parties have complete information available to them, an arbitrator's Arbitration Rule 6(2) declaration should include details of prior appointments by an appointing party, including, out of an abundance of caution, information about publicly available cases"<sup>167</sup>.

216. Outre les précédents cités dans la Requête en annulation<sup>168</sup>, le présent Mémoire adjoint :

- a) Dans l'affaire *Conoco c. Venézuéla*<sup>169</sup>, les arbitres ont rejeté la récusation surtout parce que l'arbitre avait procédé à une complète révélation des faits en question.<sup>170</sup>

MM. Berman et Veeder n'ont rien révélé, ni avant ni après la production de la reconnaissance par le Chili le 12 avril 2017 des rapports existants entre celui-ci et des membres de leur groupement d'avocats, une opacité que devraient éclaircir les documents dont la production a été sollicitée de la Défenderesse depuis le 20 septembre 2016, réitérée devant le Comité ad hoc les 21 décembre 2017 et 2 février 2018, les *Court Chambers* contribuant à maintenir l'opacité malgré l'invitation qui leur a été faite par les Demanderesses de révéler les informations sollicitées dans les lettres datées les 23, 30 mars et 16 avril 2018.<sup>171</sup>

- b) Le Comité *ad hoc* de l'affaire Vivendi a envisagé (1) la conduite de l'arbitre international et (2) l'étendue ou (3) le moment de la révélation comme étant les premiers facteurs dont devait tenir compte le Comité *ad hoc* :

*26. Turning to the facts of the present case, it is true that a partner of Mr. Fortier's had (and still has) the Claimants or one of their affiliates as a client. But we do not think that this, in and of itself, is enough to justify disqualification in the circumstances of this case. Relevant on the other hand are the following facts: (a) that the relationship in question was immediately and fully disclosed and that further information about it was forthcoming on request, thus maintaining full transparency"<sup>172</sup> [soulignement ajouté].*

<sup>166</sup> **Pièce C152**, *Tidewater v. Venezuela*, decision on the proposal to disqualify Prof. Brigitte Stern and Prof. Guido Santiago Tawil, 20 May 2011, §§90, 94 accessible dans <http://bit.ly/2qoV4XP>

<sup>167</sup> **Ibid.**, §§90, 94

<sup>168</sup> Requête en annulation, §§89, 91, 128, 130

<sup>169</sup> **Pièce CL266**, *ConocoPhillips Company and others v. Bolivarian Republic of Venezuela*, ICSID Case No. ARB/07/30, Decision on the Proposal to Disqualify L. Yves Fortier, Q.C., Arbitrator, (Judge Kenneth J. Keith Professor Georges Abi-Saab), (Feb. 27, 2012), §64

<sup>170</sup> **Ibid.**, §64

<sup>171</sup> **Pièces C251 à C253**

<sup>172</sup> **Pièce CL267**, *Compania de Aguas del Aconquija SA. & Vivendi Universal v. Argentine Republic*, ICSID

Nous sommes là à l'opposé du cas de MM. Berman et Veeder, qui n'ont rien révélé et, en outre, ont explicitement refusé – en leur qualité de membres du TR- de requérir de l'État du Chili qu'il révèle les rapports avec des membres des ECC, de même que de mener une enquête raisonnable à ce sujet.<sup>173</sup> Ces trois décisions rendent nécessaire que le Chili communique les **documents sollicités afin de déterminer l'étendue de ces rapports et de permettre ensuite d'évaluer s'ils sont suffisamment importants pour jeter un doute raisonnable sur la certitude d'un jugement indépendant et impartial.**

- c) De manière similaire, dans l'affaire *Suez v. Argentina II*, les deux arbitres non récusés ont tenu compte que l'arbitre en question avait accompli son devoir de révéler.<sup>174</sup>

Dans l'affaire Pey Casado, MM. Berman et Veeder ont refusé de révéler au Centre et aux Demanderesses les rapports existants entre des membres de leur Chambers et l'État Défendeur.

- d) Dans *Cemex c. Argentina* un arbitre avait été récusé au motif qu'il était un ancien membre d'un groupement d'avocats dont était membre le conseil de la partie adverse. Les deux autres arbitres ont tenu compte dans leur Décision du fait que l'arbitre mis en question avait révélé ses relations avec ce groupement d'avocats le jour même où il avait été sollicité en ce sens.<sup>175</sup>

MM. Berman et Veeder ont systématiquement refusé de révéler, de solliciter ou d'enquêter en rapport avec tout ce qui pouvait concerner les relations entre l'État Défendeur et le groupement d'avocats dont ils sont membres.

- e) Dans l'affaire *Tidewater* les arbitres MM. Campbell McLachlan et Rigo Sureda ont considéré que les conditions de la Règle 6(2) en rapport avec les articles 14(1) et 57 de la Convention requièrent que l'absence de révélation des arbitres pouvait être un motif de récusation lorsque "*the facts or circumstances surrounding such non-disclosure are of such gravity (whether alone or in combination with other factors) as to call into question the ability of the arbitrator to exercise independent and impartial judgment.*"<sup>176</sup>

L'opacité entretenue par l'État du Chili, MM. Berman et Veeder et les ECChambers dans la présente affaire rend nécessaire la communication des documents sollicités pour déterminer les faits non révélés et faire la lumière sur la possibilité de conflit

---

Case No. ARB/97/3, Decision on the Challenge to the President of the Committee (Oct. 3, 2001), §26

<sup>173</sup> Pièces C135, 136, C132-C134

<sup>174</sup> Pièce C123, *Suez, Sociedad General de Aguas de Barcelona S.A., & Vivendi Universal S.A. v. Argentine Republic*, ICSID Case No. ARB/03/19, Decision on a Second Proposal for the Disqualification of a Member of the Arbitral Tribunal (P. Salacuse et P. Nikken), May 12, 2008, §48

<sup>175</sup> Pièce CL268, *CEMEX Caracas Investments B.V. and CEMEX Caracas II Investments B.V. v. Bolivarian Republic of Venezuela*, ICSID Case No. ARB/08/15, Decision on Proposal for Disqualification of an Arbitrator (Juge G. Guillaume, G. Abi-Saab), Sept.6, 2009, §§21-23, 44

<sup>176</sup> Pièce C105, *Tidewater*, citée, §40

apparent et objectif d'intérêts susceptible de mettre en question l'impartialité et/ou l'indépendance des arbitres.

- f) Le Comité *ad hoc* de l'affaire *Nations Energie v. Panama* en examinant une récusation fondée sur les Articles 14 et 57 et la Règle 6(2) a pris en considération cette dernière, si la non révélation était un exercice honnête de sa discrétion et si l'information non révélée relevait du domaine public.<sup>177</sup>

En l'espèce, les faits constitutifs de l'emprise potentielle de l'État du Chili sur les ECC est maintenue sous secret – refusant même de déférer à l'injonction du 28<sup>ème</sup> Tribunal civil de Santiago<sup>178</sup>- ce qui justifie que le Comité requière du Chili leur communication.

217. MM. Franklin Berman et V.V. Veeder ont manqué aux Règles de l'IBA relatives au conflit d'intérêt dans l'arbitrage international<sup>179</sup>, à l'éthique des arbitres internationaux de 1987 et à celles sur la conduite des professionnels du droit du 28 mai 2011<sup>180</sup>, en ne révélant pas les relations avec l'État Défendeur des membres des *Essex Cour Chambers* lorsqu'ils ont été approchés pour être nommés arbitre, en s'abstenant de mener une enquête raisonnable à ce sujet et s'y refusant lorsqu'elle leur a été explicitement demandée en octobre et novembre 2016, de même qu'en juin 2017<sup>181</sup> après la production de la reconnaissance par le Chili, le 12 avril 2017, des rapports existants entre celui-ci et des membres de leur *Chambers*.
218. Ils ont manqué, en particulier, aux Règles relatives à l'éthique des arbitres internationaux :

3. *Elements of bias.*

3.3 *Any current direct or indirect business relationship between an arbitrator and a party (...) will normally give rise to justifiable doubts as to a prospective arbitrator's impartiality or independence.*

4. *Duty of Disclosure*

<sup>177</sup> **Pièce CL269**, *Nations Energy Corporation, Electric Machinery Enterprises Inc., y Jaime Jurado v. Republic of Panama*, ICSID Case No. ARB/06/19, Decision on the Proposal to Disqualify Dr. Stanimir A. Alexandrov, Sep. 7, 2011, §§76-77

<sup>178</sup> Voir les **pièces C243, C244, C208 et C212**

<sup>179</sup> Voir dans la Requête les références aux Règles relatives aux conflits d'intérêts dans les §§119, 157 et la nbd 198, dans la pièce C174bis -la communication des Demanderesses adressées à l'État du Chili -et également aux arbitres MM. Berman et Veeder- le 13 octobre 2016 (accessible dans <http://bit.ly/2rfhDPD>) invoquant l'article 14(1) de la Convention du CIRDI et les Principes pertinents de la IBA-, dans la pièce **C133** -la demande adressée le 18 novembre 2016 au Tribunal arbitral- et dans la pièce C118 la proposition de récusation du 22 novembre suivant pour un conflit apparent d'intérêts entre l'État Défendeur et deux des arbitres

<sup>180</sup> Accessibles dans <http://bit.ly/2p1ZwvS>. L'Ordonnance de Procédure n° 1 a admis le "*droit de chaque partie de présenter des arguments de fond ou de procédure basés sur toute norme dont elle souhaite établir la pertinence*" (para. 1.2).

<sup>181</sup> Voir les **pièces C135, 136, C132-C134**

4.1 A prospective arbitrator should disclose all facts or circumstances that may give rise to justifiable doubts as to his impartiality or independence. Failure to make such disclosure creates an appearance of bias, and may of itself be a ground for disqualification even though the non-disclosed facts or circumstances would not of themselves justify disqualification.

4.2 A prospective arbitrator should disclose:

(a) any past or present business relationship, whether direct or indirect as illustrated in Article 3.3, (...) with any party to the dispute (...). With regard to present relationships, the duty of disclosure applies irrespective of their magnitude, but with regard to past relationships only if they were of more than a trivial nature in relation to the arbitrator's professional or business affairs. (...);

4.3 The duty of disclosure continues throughout the arbitral proceedings as regards new facts or circumstances.

4.4 Disclosure should be made in writing and communicated to all parties and arbitrators.

219. Ils ont manqué également à la Règle 3.1 de l'IBA sur la conduite des professionnels du droit

3.1 A lawyer shall not assume a position in which a client's interests conflict with those of the lawyer, another lawyer in the same firm, or another client, unless otherwise permitted by law, applicable rules of professional conduct, or, if permitted, by client's Authorization,

telle qu'officiellement interprétée :

3.3 (...) Every lawyer is called upon to observe the relevant rules on conflicts of interest when engaging in the practice of law outside the jurisdiction in which the lawyer is admitted to practice.

220. Ainsi que les Demanderesses l'ont expliqué dans leur Requête en annulation, si la seule "absence d'une déclaration ne peut en elle-même prouver le manque d'indépendance", les tribunaux et les comités *ad hoc* du CIRDI tiennent compte de ce que les "faits et les circonstances qui n'ont pas été révélés peuvent mettre en cause la garantie d'indépendance d'un arbitre"<sup>182</sup>.

221. L'appréciation des "faits et circonstances de l'absence de révélation" a été abondamment discuté par les tribunaux CIRDI. En particulier, le Comité *ad hoc* de l'affaire *Vivendi* a, dans son appréciation des circonstances de l'espèce, considéré la conduite de l'arbitre international en cause, et en particulier l'existence, l'étendue et le moment de la révélation comme étant les premiers facteurs dont devait tenir le comité *ad hoc* :

"26. Turning to the facts of the present case, it is true that a partner of Mr. Fortier's had (and still has) the Claimants or one of their affiliates as a client. But we do not think that this, in and of itself, is enough to justify disqualification in the circumstances of this case. Relevant on the other hand are the following facts: (a) that the relationship in question was

---

<sup>182</sup> Pièce **CL265**, *Getma International et autres c. République de Guinée*, CIRDI No. ARB/11/29, Décision sur la récusation de l'arbitre Bernardo M. Cremades, Juin 28, 2012, §80

immediately and fully disclosed and that further information about it was forthcoming on request, thus maintaining full transparency<sup>183</sup> (nous soulignons).

222. Partant, les arbitres MM. Veeder et Berman ont ainsi créé un doute sur leur indépendance constitutive d'un vice dans la Constitution du Tribunal et une violation grave d'une règle fondamentale de procédure.

223. Finalement, cette obligation de révélation s'étend également aux parties.

(c) Les parties sont également tenues de révéler les faits susceptibles de donner lieu à un conflit d'intérêt

224. Si la Convention n'impose pas aux parties de révéler les faits dont elle a connaissance et qui sont susceptibles de donner lieu à un conflit d'intérêts, une disposition en ce sens a été incluse au sein des IBA Rules.

225. L'article 7(a) et (b) des règles de l'IBA prévoit ainsi que :

*"(a) A party shall inform an arbitrator, the Arbitral Tribunal, the other parties and the arbitration institution or other appointing authority (if any) of any relationship, direct or indirect, between the arbitrator and the party (or another company of the same group of companies, or an individual having a controlling influence on the party in the arbitration), or between the arbitrator and any person or entity with a direct economic interest in, or a duty to indemnify a party for, the award to be rendered in the arbitration. The party shall do so on its own initiative at the earliest opportunity.*

*(b) A party shall inform an arbitrator, the Arbitral Tribunal, the other parties and the arbitration institution or other appointing authority (if any) of the identity of its counsel appearing in the arbitration, as well as of any relationship, including membership of the same barristers' chambers, between its counsel and the arbitrator. The party shall do so on its own initiative at the earliest opportunity, and upon any change in its counsel team"*<sup>184</sup>.

226. Le commentaire à cet article précise que :

*"(a) The parties are required to disclose any relationship with the arbitrator. Disclosure of such relationships should reduce the risk of an unmeritorious challenge of an arbitrator's impartiality or independence based on information learned after the appointment. The parties' duty of disclosure of any relationship, direct or indirect, between the arbitrator and the party (or another company of the same group of companies, or an individual having a controlling influence on the party in the arbitration) has been extended to relationships with persons or entities having a direct economic interest in the award to be rendered in the arbitration, such as an entity providing funding for the arbitration, or having a duty to indemnify a party for the award"*<sup>185</sup>.

---

<sup>183</sup> **Pièce CL267**, *Compania de Aguas del Aconquija SA. & Vivendi Universal v. Argentine Republic*, ICSID Case No. ARB/97/3, Decision on the Challenge to the President of the Committee (Oct. 3, 2001), §26

<sup>184</sup> Règles de l'IBA, Règle générale 7

<sup>185</sup> Règles de l'IBA, Commentaire de la Règle générale 7

(d) L'absence de révélation tant de MM. Veeder et Berman que de la République du Chili met en cause l'indépendance et l'impartialité des arbitres

227. Compte tenu de ce qui précède, les Demanderesses étaient en droit d'attendre de la République de Chili qu'elle les informe, ainsi que le Tribunal, des liens qu'elle entretient avec d'autres membres des *Essex Court Chambers*.
228. Il est notable que la République du Chili avait procédé à une révélation de cette nature devant le premier comité *ad hoc*. Ainsi, en décembre 2009, au moment de la constitution du premier comité *ad hoc* qui devait trancher la demande de la Défenderesse d'annuler la totalité de la Sentence initiale, celle-ci avait révélé les relations susceptibles d'être vues comme susceptibles de soulever un conflit d'intérêts avec l'un des membres du Comité<sup>186</sup>. Lorsque le Centre a communiqué le 4 décembre 2012 son intention de nommer M. Yves Fortier comme membre du premier comité *ad hoc*<sup>187</sup>, l'État du Chili avait révélé, le 15 décembre suivant, les relations d'un de ses avocats avec le groupement d'avocats auquel appartenait M. Fortier<sup>188</sup>. Le jour même, le Centre avait demandé des explications complémentaires et la République du Chili a répondu sans tarder<sup>189</sup>.
229. Par ailleurs, au défaut de révélation de la part de la République du Chili s'ajoute celui, non moins contestable de MM. Berman et Veeder.
230. En effet, en omettant de révéler les relations d'affaires entre l'État Défendeur et la *Essex Court Chambers*, lorsqu'ils ont été approchés pour être nommés arbitres, et en refusant de mener une enquête raisonnable à ce sujet lorsqu'elle leur a été explicitement sollicitée en octobre et novembre 2016 et en juin 2017<sup>190</sup>, MM. Veeder et Berman ont ainsi créé un doute sur leur impartialité et indépendance constitutif d'un vice dans la Constitution du Tribunal et ont violé une règle de procédure fondamentale.

**2.2.4 Le défaut objectif d'impartialité et d'indépendance des arbitres constitue un vice dans la constitution du Tribunal et une inobservation grave d'une règle de procédure fondamentale.**

231. Comme l'a rappelé le Président du Conseil administratif du CIRDI à de nombreuses reprises<sup>191</sup> :

---

<sup>186</sup> Voir les pièces C255 à C258

<sup>187</sup> Pièce C255

<sup>188</sup> Pièce C256

<sup>189</sup> Pièces C257 et C258

<sup>190</sup> Voir les pièces C135, 136, C132-C134

<sup>191</sup> Pièce CL271, *Repsol, S.A. and Repsol Butano, S.A. v. Argentine Republic*, ICSID Case No. ARB/12/38, Decision on the Proposal for Disqualification of Arbitrators Francisco Orrego Vicuna and Claus von Wobeser (Dec 13, 2013), §71, accessible dans <http://bit.ly/2H6jpZW>. Version en espagnol: "La imparcialidad implica la ausencia de sesgos o predisposición hacia alguna de las partes. La independencia se caracteriza por la ausencia de un control externo.54 (...) Los Artículos 57 y 58 del Convenio del CIADI no requieren evidencia de dependencia o predisposición real, sino que es suficiente con establecer la apariencia de dependencia o predisposición"

"L'impartialité implique l'absence de biais ou de prédisposition à l'égard d'une des parties. L'indépendance se caractérise par l'absence d'un contrôle externe.<sup>192</sup> (...) Les articles 57 et 58 de la Convention du CIRDI n'exigent pas la preuve d'une dépendance ou d'une prédisposition effective, mais il suffit d'établir l'apparence de dépendance ou de prédisposition"<sup>193</sup>.

232. En particulier, dans l'affaire *Getma v. Guinée*<sup>194</sup>, le tribunal a précisé que :

"la notion d'indépendance de l'article 14(1) de la Convention CIRDI s'entend d'un devoir d'indépendance et d'impartialité<sup>195</sup>. Le devoir d'indépendance renvoie à l'absence de relations avec les parties de nature à influencer la décision d'un arbitre 57.<sup>196</sup> Le devoir d'impartialité renvoie à l'absence de préjugé envers l'une des parties 58.<sup>197</sup> Il s'agit là de critères objectifs. Ces critères d'indépendance et d'impartialité "serve the purpose of protecting the parties against arbitrators being influenced by factors other than those related to the merits of the case" 59<sup>198</sup>"

233. En l'espèce, comme il l'a été démontré, le défaut de révélation des arbitres des liens entretenus entre la République du Chili et la *Essex Court Chambers, Chambers* à laquelle appartiennent deux des trois arbitres du Tribunal de resoumission, est de nature à créer l'apparence objectif d'un défaut d'impartialité et d'indépendance de ces arbitres.

<sup>192</sup> [54. *Decisión Suez, Sociedad General de Aguas de Barcelona, S.A. y Vivendi Universal, S.A. c. República Argentina*, (Caso CIADI No. ARB/03/19) ¶29; *Getma, Getma International y otros c. República de Guinea* (Caso CIADI No. ARB/11/29), *Decisión sobre la Propuesta de Recusación del Árbitro Bernardo M. Cremades* (28 de junio de 2012) ¶59; *ConocoPhillips, supra* nota 53 ¶5]

<sup>193</sup> [56. *Urbaser, Urbaser S.A. y Consorcio de Aguas Bilbao Bizkaia, Bilbao Biskaia Ur Partzuergoa c. República Argentina* (Caso CIADI No. ARB/07/26), *Decisión sobre la Propuesta de la Demandante de Recusación del Profesor Campbell McLachlan, Árbitro* (12 de agosto de 2010) ¶43]

<sup>194</sup> **Pièce CL265**, *Getma International et autres c. République de Guinée*, CIRDI No. ARB/11/29, *Décision sur la récusation de l'arbitre Bernardo M. Cremades*, Juin 28, 2012, §§58-59, accessible dans <http://bit.ly/2oVUS2e>

<sup>195</sup> [56. 56 Voir, par ex., *Suez, Sociedad General de Aguas de Barcelona S.A., et InterAguas Servicios Integrales del Agua S.A. c. République argentine* (Affaire CIRDI No. ARB/03/17) et *Suez, Sociedad General de Aguas de Barcelona S.A., and Vivendi Universal c. République argentine* (Affaire CIRDI No. ARB/03/19), *Decision on the Proposal for the Disqualification of a Member of the Arbitral Tribunal*, 22 octobre 2007 (ci-après "*Suez I*"), paras. 28-29; *Suez, Sociedad General de Aguas de Barcelona, S.A, et Vivendi Universal c. République argentine* (Affaire CIRDI No. ARB/03/19) et *Suez, Sociedad General de Aguas de Barcelona S.A. et InterAguas Servicios Integrales del Agua S.A. c. République argentine* (Affaire CIRDI No. ARB/03/17), *Decision on a Second Proposal for the Disqualification of a Member of the Arbitral Tribunal*, 12 mai 2008 (ci-après "*Suez II*"), para. 27; *Universal Compression International Holdings, S.L.U. c. République Bolivarienne du Venezuela* (Affaire CIRDI No. ARB/10/9), *Decision on the Proposal to Disqualify Prof. Brigitte Stern and Prof. Guido Santiago Tawil, Arbitrators*, 20 mai 2011 (ci-après "*Universal*") para. 70; *Tidewater Inc. et autres c. République Bolivarienne du Venezuela* (Affaire CIRDI No. ARB/10/5), *Decision on Claimants' Proposal to Disqualify Professor Brigitte Stern, Arbitrator*, 23 décembre 2010 (...) para. 37 ]

<sup>196</sup> [57. Voir, par ex., *Suez I* para. 29. et *Suez II* para. 28 ("*Generally speaking independence relates to the lack of relations with a party that might influence an arbitrator's decision. Impartiality, on the other hand, concerns the absence of bias or predisposition toward one of the parties*"); Voir aussi, *Tidewater* para. 37]

<sup>197</sup> [58. *Ibid.*]

<sup>198</sup> [59. *Urbaser S.A. et Consorcio de Aguas Bilbao Biskaia, Bilbao Biskaia Ur Partzuergoa c. République argentine* (Affaire CIRDI No. ARB/07/26), *Decision on Claimants' Proposal to Disqualify an Arbitrator*, 12 août 2010 (ci-après "*Urbaser*") para. 43; *Universal* para. 70 ; *ConocoPhillips Company et al c. République Bolivarienne du Venezuela* (Affaire CIRDI No. ARB/07/30), *Decision on the proposal to disqualify L. Yves Fortier, Q.C. Arbitrator*, 27 février 2012 (ci-après "*ConocoPhillips*") para. 55. ]

234. Partant, et ainsi qu'il l'a été détaillé le grief tiré de l'absence d'indépendance et d'impartialité du tribunal constitue en l'espèce tant un motif d'annulation tiré de l'article 52(1)(a) que de l'article 52(1)(d) .
235. L'exigence d'indépendance et d'impartialité des arbitres est en effet une règle.

\*\*

### **2.2.5 La production des documents sollicités de l'État du Chili est nécessaire à l'établissement de faits relatifs au conflit apparent d'intérêts des arbitres**

236. Les Demanderesses ont démontré ci-dessus qu'il existait des liens entre la République du Chili et les *Essex Court Chambers* avant, pendant, et après la procédure en resoumission, et que ces liens n'avaient pas été révélés par les arbitres Berman et Veeder.
237. Les documents dont les Demanderesses sollicitent la production ci-après permettraient d'une part de vérifier s'il existe d'autres liens entre la République du Chili et les *Essex Court Chambers*, qui n'auraient pas non plus été révélés, et seraient demeurés inconnus des Demanderesses.
238. Ils permettraient également d'établir avec précision l'étendue des liens financiers existant entre la République du Chili et les *Essex Court Chambers*, et de parachever la démonstration du conflit d'intérêt objectif dont étaient frappés MM. Berman et Veeder. On rappellera à cet égard que l'importance des liens financiers entre le cabinet d'un arbitre et une partie à la procédure est un élément clé dans l'identification d'un conflit d'intérêts<sup>199</sup>.
239. Les Demanderesses ont rappelé dans leur Requête en annulation (§109) que dans le système CIRDI toutes les parties ont l'obligation de révéler leurs relations avec le groupement d'avocats auquel appartient l'un des arbitres, en citant à l'appui la décision du Comité *ad hoc* de l'affaire *Fraport Ag Frankfurt Airport v. Philippines*.<sup>200</sup>
240. Les documents dont l'État du Chili reconnaît l'existence mais qu'il a refusé de révéler contiennent la démonstration de l'ampleur des relations entre des membres des ECCh et l'État du Chili constitutives d'un conflit apparent objectif d'intérêts.
241. Si, aujourd'hui, les Demanderesses ont réussi, après un travail de recherches effectué à partir des informations officieuses parvenues à la Fondation Président Allende de sources dignes de foi, démontrer l'existence de liens étendus entre la République du

<sup>199</sup> **Pièce RALA-15**, IBA Rules, Non-Waivable Red List, Article 1.4 : "*The arbitrator or his or her firm regularly advises the party, or an affiliate of the party, and the arbitrator or his or her firm derives significant financial income therefrom*" ; Red List, Article 2.3.6 : "*The arbitrator's law firm currently has a significant commercial relationship with one of the parties, or an affiliate of one of the parties*" ; **Pièce CL153**, K. Daele, «Chapter 6: Challenge and Disqualification on the Ground of Independence Issues » in *Challenge and Disqualification of Arbitrators in International Arbitration*, Kluwer Law International, 2012, §§ 6-119 et s.

<sup>200</sup> **Pièce C139**, *Fraport Ag Frankfurt Airport v. Philippines*, Decision on Application for Disqualification of Counsel (J. Crawford, J.C. Fernández Rozas, 18 septembre 2008, §37, accessible dans <http://bit.ly/2fAeybd>

Chili et les ECCh, cette démonstration est nécessairement partielle et incomplète. Ce travail n'a permis de montrer publiquement que les seuls liens qui ont pu, d'une manière ou d'une autre, être rendus publics. Néanmoins, compte tenu des liens étroits existants entre le Défendeur et les ECCh, avant et lors des déclarations du Ministre des Affaires Étrangères du 18 septembre 2016, d'autres relations existent que n'ont pas été rendues publiques. En outre, les liens qui ont pu être corroborés ne permettent de définir les flux financiers qui ont pu exister, et qui existent encore, entre la République du Chili et des membres des ECCh. Or, ces flux financiers constituent également un élément tellement sérieux de l'existence d'un conflit d'intérêt objectif que l'État du Chili n'a pas cessé de résister, par tous les moyens, d'obéir l'injonction du 28<sup>ème</sup> Tribunal civil du 24 juillet 2008 de les produire.<sup>201</sup>

242. La première condition pour soutenir "*une demande de récusation fondée sur un défaut d'indépendance, comme invoqué en l'espèce, doit (1) établir les faits à l'origine de la demande*". C'est là une affirmation du Président du Conseil administratif du CIRDI dans l'affaire *Getma v. Guinea*.<sup>202</sup>
243. Le refus de l'État du Chili de produire toute information relative à l'étendue de ses relations avec des membres des ECCh, son refus de déférer à l'injonction du 28<sup>ème</sup> Tribunal civil de Santiago du 24 juillet 2017 sous prétexte de la supposée nature "secrète" des documents concernés, a placé les Demanderesses dans une situation d'extrême inégalité en ce qui concerne l'accès et la production de ces faits devant le Président du Conseil administratif du CIRDI et le présent Comité *ad hoc*.
244. Ce refus de la part de l'État du Chili est contraire aux principes généraux du droit de la bonne foi et de l'égalité entre les parties dans la procédure arbitrale.
245. Il n'est pas conforme non plus à l'article 43(1) de la Convention et à la Règle 34(3), ni à la pratique des tribunaux arbitraux, que la Défenderesse se prévale de sa déclaration unilatérale de secret, et/ou de privilèges non étayés de rapports entre le client et des conseils, pour se refuser à produire les informations sollicitées par les Demanderesses depuis le 20 septembre 2016 par l'intermédiaire du CIRDI et du Tribunal arbitral, voire par leur action en rapport avec l'injonction du 24 juillet 2017 du 28<sup>ème</sup> Tribunal de Santiago<sup>203</sup> ou par l'intermédiaire du Comité *ad hoc* dès le 21 décembre 2017.

### 2.2.5.1 Le Chili n'a pas étayé l'existence des conditions d'un privilège client-conseil

246. Dans l'affaire *ADF Group Inc. (Can.) v. United States*, l'une des parties fit objection à la non-production de documents retenus sur la base des privilèges avocat-client et gouvernementaux. Le Tribunal refusa d'accepter une telle objection jusqu'à ce qu'un document eût été refusé sur ces bases :

*There are at least two main aspects of necessity when considered in the context of a request for document production. The first aspect relates to a substantive inquiry into whether the documents requested are relevant to, and in that sense necessary for, the purposes of the*

<sup>201</sup> Pièce C110

<sup>202</sup> Pièce CL265, *Getma International et autres c. République de Guinée*, CIRDI No. ARB/11/29, Décision sur la récusation de l'arbitre Bernardo M. Cremades, Juin 28, 2012, §§58-59, accessible dans <http://bit.ly/2oVUS2e>

<sup>203</sup> Pièces C208, C212, C220, C221, C245

*proceedings where the documents are expected to be used. Inquiry into the relevancy of the documents requested needs to be done on a category by category basis.*

*4. The second aspect concerns a procedural inquiry into the effective and equal availability of the documents requested to both the requesting party and the party requested. Where only one party has access to requested documents relevant to the proceeding at hand, we consider that the party with access should be required to make the documents available to the other party. (...) Where, however, the requesting party shows it would sustain undue burden or expense in accessing the publicly available material, the other party should be required to produce the documents for inspection. In the present case, where the Respondent identifies the particular government office at which the documents are in fact available to the Claimant or its representatives, as members of the general public, the Respondent will, in principle, have produced the documents requested within the meaning of Article 41(2) of the ICSID Rules. The Respondent should also provide the document reference numbers, and any other data, necessary to enable the official custodians of the documents to identify and locate them physically or in electronic data bases, with reasonable dispatch. There may be other administrative details that may need to be attended to by the Respondent (e.g., phone calls to the document custodians) to ensure the Claimant's effective and prompt access to the documents. The Respondent would be reasonably expected to provide such necessary and appropriate assistance, without having to deliver the documents physically to the Claimant. The appropriate assumption in every case is that, both parties having proceeded to international arbitration in good faith, neither would withhold documents for its own benefit and that good faith will render any practical problems of document production susceptible of prompt resolution without undue hardship or expense on either party.<sup>204</sup>*

247. Le Tribunal de l'affaire *Glamis Gold v. the U.S.*<sup>205</sup> a affirmé, après avoir défini ce qui constitue un privilège client-conseil, que la partie alléguant celui-ci avait la charge de prouver qu'un tel privilège s'appliquait à chaque document, ce qui présuppose avoir communiqué l'information aux autres parties -qui ont alors la charge de prouver que le privilège ne s'appliquerait pas, le Tribunal tranchant tout différend document par document :

*§18. The Respondent entered a general objection to the Motion to the extent that the documents requested are "protected from disclosure by applicable law, including without limitation, documents protected by the attorney-client and government deliberative and pre-decisional privileges." (Objections, p. 18) For the Tribunal to be able to determine the applicability of the privileges so adverted to, the Respondent will have to specify the particular documents in respect of which one or more privilege is claimed and the nature or scope of the specific privilege claimed, and show the applicability of the latter to the former. This is a matter for future determination, should the Respondent decide in fact to withhold, under claim of privilege, particular documents it should otherwise make available to the Claimant.*

248. Le Tribunal arbitral a également fait connaître qu'il était disposé à nommer un expert indépendant qui réviserait confidentiellement chaque document prétendument privilégié :

<sup>204</sup> **Pièce C259**, *ADF Group Inc. (Can.) v. United States*, ICSID, ARB(AF)/00/1, Procedural Order No. 3 Concerning Production of Documents, Oct. 4, 2001, ¶¶ 3-6

<sup>205</sup> **Pièce C252**, *Glamis Gold, Ltd. (Can.) v. United States*, (UNCITRAL), Decision on Requests for Production of Documents and Challenges to Assertions of Privilege, April 21, 2006, §§ 8, 14, 17, 30-52, 58 ; **Pièce C253**, *Glamis Gold...*, Decision on Requests for Production of Docs. on Privilege, 2005-11-17, §§17-20

*If this review of the privilege logs and corresponding challenges is insufficient to enable the Tribunal to adequately determine the validity of all assertions of privilege, the Tribunal will consult further with the Parties about the process to be taken to complete this determination, including the possibility of the confidential review of individual documents by an independent special master.<sup>206</sup>*

249. Dans l'affaire *Gallo v. Canada*<sup>207</sup> le Tribunal a différé sa décision sur la prétention de privilège jusqu'à ce que la partie l'invoquant eût identifié chacun des documents auxquels elle attribuait ce privilège du fait de leur sensibilité politique et institutionnelle spécifique. Il a considéré qu'en général un document doit réunir quatre critères pour accéder à ce privilège :

- (1) il doit avoir été rédigé par un avocat agissant en cette qualité ;
- (2) il doit exister un rapport avocat-client basé sur la confiance qui doit exister entre un avocat et un client ;
- (3) le document doit avoir été établi dans le but d'obtenir ou de fournir un conseil légal; et
- (4) l'avocat et le client doivent avoir agi dans l'expectative que le conseil serait tenu confidentiel dans une situation contentieuse.

250. Or l'État du Chili n'a pas fait connaître jusqu'à maintenant que les documents sollicités relèveraient de la confidentialité de délibérations du Chef de l'État avec ses Ministres.

### **2.2.5.2 La Défenderesse n'a pas démontré la confidentialité des documents sollicités**

251. Ceci dit, la confidentialité des documents évoquée par l'État Défendeur<sup>208</sup> ne suffit pas à le libérer *per se* de son devoir de produire les documents dans le présent arbitrage conformément aux principes appliqués par les tribunaux d'arbitrage international.

252. Dans l'affaire *UPS of America Inc. v. Canada* l'État Défendeur refusa de produire 143 documents que la loi applicable soumettait au secret du Conseil des Ministres et en produisit 27 avec des suppressions.

253. Le Tribunal déclara qu'il n'était pas lié par une confidentialité établie dans une loi interne, que, par conséquent, l'État ne pouvait pas opposer celle-ci et que le Tribunal ne pouvait le protéger d'avoir à révéler les documents parce qu'il n'avait pas le pouvoir de le contraindre à les produire :

*We return to that question of the extent of the privilege. Does it extend beyond state secrets and if so to what? Does it extend to Cabinet documents of the kind in issue here? The authority to which UPS referred us in support of limiting the privilege to "state secrets" does not provide a definition of that expression. Depending on the definition, that expression may*

<sup>206</sup> Pièce C254, *Glamis Gold...*, Procedural Order No. 8, Jan. 31, 2006, §11

<sup>207</sup> Pièce C256, *Gallo (U.S.) v. Canada*, (UNCITRAL) ¶¶ 37–42, Procedural Order No. 3, Apr. 8, 2009, §§52-57, 58-62

<sup>208</sup> Voir *Chile's Second Submission on Preliminary Issues*, du 12 février 2018, §10

*of course cover a narrow or wide range of matters. (...). But the protection to be afforded is in general carefully circumscribed to protect no more than the interests that call for protection, for instance in frank and uninhibited exchanges between Cabinet members or in advice given to them, and, as already discussed, those interests in general are subject to being outweighed by the competing interest in disclosure.”<sup>209</sup>*

254. *Le Tribunal conclut qu’il pouvait tirer des inférences négatives du refus de produire les documents.*
255. Dans l’affaire *Pope & Talbot, Inc. v. Canada*, le Canada fit objection à la demande de produire certains documents protégés par le secret des délibérations ministérielles du Gouvernement fédéral dont la révélation était absolument interdite par le *Canada Evidence Act*.<sup>210</sup>
256. Le Tribunal décida qu’il devait évaluer le refus de produire ces documents sur la base de la confidentialité ministérielle avant de décider si celle-ci était justifiée. En conséquence, le Tribunal invita le Canada à identifier les documents, leur objet et leur date, en expliquant la raison pour laquelle chaque document ne pouvait pas être produit.
257. Dans l’affaire *Merrill & Ring Forestry L.P. v. Canada*<sup>211</sup> le Tribunal arbitral a affirmé que la phrase “*documents of special political or institutional sensitivity*” comprenait les documents ministériels que le *Canada Evidence Act* définissait comme confidentiels. Mais pour ne pas être révélés ils devaient être suffisamment identifiés et accompagnés d’une raison expliquant de manière satisfaisante pourquoi ils bénéficiaient de ce privilège :

*§19. The Tribunal is also persuaded (...) that the privilege, as held in Pope & Talbot and the Canada-Aircraft decisions invoked by the Investor, can only be asserted in respect of sufficiently identified documents together with a clear explanation about the reasons for claiming such privilege. The parties would need such information in order to assess whether they agree or disagree about a refusal on these grounds, just as the Tribunal needs it to decide in case of disagreement between the parties.*

*§21. In the absence of this specific information the Investor is unable to agree or disagree with such refusal just as the Tribunal is unable to decide on a privilege which at present has no connection to specific documents or even less so justified or explained. The principle of equality in the treatment of the parties laid down by Article 15 of the UNCITRAL Arbitration Rules governing these proceedings also requires that such privileges be clearly explained so as to allow the Investor the opportunity to provide informed comments on the matter.*

\*\*\*

<sup>209</sup> **Pièce C259**, *UPS of America Inc. (U.S.) v. Canada*, (UNCITRAL) ¶ 11, Decision of the Tribunal Relating to Canada's Claim of Cabinet Privilege, Oct. 8, 2004

<sup>210</sup> **Pièce C257**, *Pope & Talbot, Inc. (U.S.) v. Canada*, (UNCITRAL) ¶ 193 (Phase 2 Award), April 10, 2001

<sup>211</sup> **Pièce C260**, *Merrill & Ring Forestry L.P. v. Canada*, (UNCITRAL) ¶¶ 16–24, Decision of the Tribunal on Production of Documents, Jul. 18, 2008

### 2.3 Une Sentence qui méconnaît l'autorité de la chose jugée de la Sentence initiale

258. Au cours de la procédure de resoumission, le Tribunal a été confronté à une Sentence initiale très largement revêtue de l'autorité de la chose jugée (2.3.1).
259. Cette autorité de la chose jugée empêchait le Tribunal de reconsidérer les parties de la Sentence initiale et qui n'avait pas été annulé par le premier comité *ad hoc* (2.3.2), et qui s'imposaient à lui (2.3.3).
260. Pourtant, le Tribunal de resoumission a, à de nombreuses reprises, rouvert des questions déjà tranchées par le Tribunal initial, et s'est écarté de la décision de celui-ci, en violation de l'autorité de la chose jugée de la Sentence initiale.
261. Ces violations de l'autorité de la chose jugée de la Sentence initiale par le Tribunal de resoumission constituent autant de cas d'excès de pouvoir manifeste (2.3.4).

#### 2.3.1 La Sentence initiale est revêtue de l'autorité de la chose jugée

262. L'autorité de la chose jugée de la Sentence initiale émane de trois sources : la Décision du premier comité *ad hoc* (2.3.1.1), les dispositions de la Convention et de son Règlement d'arbitrage (2.3.1.2), et plus généralement les règles de droit international (2.3.1.3).

##### 2.3.1.1 La Décision du premier comité *ad hoc* a expressément conféré l'autorité de la chose jugée à la Sentence initiale

263. Le premier comité *ad hoc* a, par sa Décision du 18 décembre 2012, prononcé l'annulation partielle de la Sentence initiale. Rappelons très succinctement les deux motifs d'annulation partielle : a) non réouverture des débats relatifs à la justification de l'importance du préjudice *ex* article 4 de l'API (manquement au traitement juste et équitable, en ce compris le déni de justice), allégué par les Demanderesses comme étant *équivalent* à la totalité de la valeur de l'entreprise à la veille de l'expropriation. b) contradiction dans les termes, écartant les évaluations faisant référence à la valeur de l'investissement liée à l'article 5 de l'API (expropriation), et, d'autre part, retenant une telle évaluation pour le montant de la compensation (le Comité *ad hoc* n'effectue aucun choix, il énonce simplement la contradiction) ;
264. Ce faisant, le premier comité *ad hoc* a clairement circonscrit la portée de l'annulation de la Sentence initiale au paragraphe 4 de son Dispositif relatif au montant de la compensation financière due par l'État Défendeur aux Demanderesses, et aux paragraphes correspondants dans le Chapitre VIII de celle-ci<sup>212</sup>.
265. En prononçant cette annulation partielle, le premier comité *ad hoc* a pris soin de préciser que le reste de la Sentence initiale, qui demeurait inchangé, était revêtu de

---

<sup>212</sup> **Pièce C20**, Décision du comité *ad hoc* du 18 décembre 2012, § 359, 1<sup>o</sup> : "*Par ces motifs, le Comité rend les décisions suivantes : 1. décide d'annuler le paragraphe 4 du dispositif de la Sentence du 8 mai 2008 et les paragraphes correspondants dans le corps de la Sentence relatifs aux dommages-intérêts (Section VIII) conformément à l'article 52(1)(d) et (e)*".

l'autorité de la chose jugée.<sup>213</sup> Il a ainsi prévenu, conformément aux recommandations de la doctrine<sup>214</sup>, tout risque d'équivoque au stade de la procédure de nouvel examen quant à la portée de sa Décision.

### 2.3.1.2 La Convention et le Règlement d'arbitrage confèrent l'autorité de la chose jugée aux parties non annulées d'une sentence partiellement annulée

266. La nouvelle soumission d'un différend devant un tribunal arbitral après annulation totale ou partielle d'une première sentence est expressément envisagée par la Convention et le Règlement d'arbitrage. L'article 52(6) de la Convention prévoit ainsi qu'un nouveau tribunal arbitral peut être constitué après l'annulation d'une sentence par un comité *ad hoc* :

*"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"*<sup>215</sup>.

267. L'article 55 du Règlement d'arbitrage précise les pouvoirs du tribunal devant lequel l'affaire est soumise à nouveau. L'article 55(1) du Règlement envisage tout d'abord la possibilité pour les parties de soumettre à un nouveau tribunal une sentence annulée partiellement :

*"Si un Comité annule une sentence partiellement ou en totalité, l'une ou l'autre des parties peut demander que le différend soit soumis à un nouveau Tribunal"*<sup>216</sup>.

268. L'article 55(3) du Règlement limite ensuite les pouvoirs du tribunal de nouvel examen en cas d'annulation partielle :

*"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"*<sup>217</sup>.

### 2.3.1.3 L'autorité de la chose jugée est un principe général du droit international

269. L'autorité de la chose jugée des sentences arbitrales et décisions de justice internationales fait partie des principes les mieux établis du droit international, et a valeur de principe général du droit international. Ainsi que l'a constaté Bin Cheng :

*"There seems little, if indeed any question as to res judicata being a general principle of law or as its applicability in international judicial proceeding"*<sup>218</sup>.

270. Les cours de justices internationales comme les tribunaux arbitraux reconnaissent de longue date la portée contraignante de ce principe<sup>219</sup>.

<sup>213</sup> **Ibid.**, Décision du comité *ad hoc* du 18 décembre 2012, § 359, 4°.

<sup>214</sup> **CL312**, Bishop (R.D.) et Marchili (S. M.), *Annulment under the ICSID Convention*, OUP, 2012, §§ 10.56 : "A clear annulment decision specifying which particular findings of the award remains res judicata should prevent any uncertainty in resubmission proceedings".

<sup>215</sup> Article 52(6) de la Convention

<sup>216</sup> Article 53(1) du Règlement

<sup>217</sup> Article 53(3) du Règlement

<sup>218</sup> **Pièce C317**, B. Cheng, *General Principles of Law as Applied by International Courts and Tribunals*, Cambridge Grotius Publications Limited, 1987, p. 336

271. Si l'autorité de la chose jugée d'une sentence arbitrale ou décision de justice internationale est en principe attachée au dispositif de cette décision, il est également reconnu que ses effets s'étendent aux motifs qui en constituent le soutien nécessaire<sup>220</sup>.
272. Comme l'a expliqué le Juge Anzilotti dans son opinion dissidente dans l'affaire de l'*Usine de Chorzow* :

*"En disant que seul le dispositif de l'arrêt est obligatoire, je n'entends pas dire que seulement ce qui est matériellement écrit dans le dispositif constitue la décision de la Cour. Il est certain, par contre, qu'il est presque toujours nécessaire d'avoir recours aux motifs pour bien comprendre le dispositif et surtout pour déterminer la causa petendi"*<sup>221</sup>.

273. De manière similaire, la Cour Permanente d'Arbitrage a, dans l'affaire de la *Délimitation du plateau continental entre la France et le Royaume-Uni*, décidé que :

*"Le Tribunal arbitral considère comme bien établi que, dans la procédure internationale, l'autorité de la chose jugée, c'est-à-dire la force obligatoire de la décision, ne s'attache en principe qu'au contenu du dispositif et non pas aux motifs de la décision. De l'avis du Tribunal, il est également clair que, étant donné les liens étroits existant entre les motifs d'une décision et le contenu du dispositif, on peut en principe recourir aux motifs pour élucider le sens et la portée du dispositif. (...) De plus, si certaines constatations figurant dans les motifs constituent une condition essentielle de la décision contenue dans le dispositif, ces constatations doivent être considérées comme faisant partie des points tranchés avec force obligatoire dans la décision"*.

274. Les tribunaux arbitraux statuant en matière d'arbitrage d'investissement ont eu l'occasion de mettre en application les principes généraux rappelés ci-dessus. Ainsi, dans l'affaire *Amco c. Indonésie*, le tribunal de nouvel examen a reconnu, dans sa décision sur la compétence, la nature de principe général du droit attaché à l'autorité de la chose jugée<sup>222</sup>, ainsi que son application à l'ensemble des questions tranchées par un tribunal antérieur.<sup>223</sup>

---

<sup>219</sup> **Ibid.**, B. Cheng, *General Principles of Law as Applied by International Courts and Tribunals*, Cambridge Grotius Publications Limited, 1987, p. 336 et s.; **pièce CL291**, *Pious Fund of the Californias (U.S. v. Mexico)*, Hague Ct. Rep. (Scott) 1, 5 (Perm. Ct. Arb. 1902) : "Considérant que toutes les parties d'un jugement ou d'un arrêt concernant les points débattus au litige s'éclaircissent et se complètent mutuellement et qu'elles servent toutes à préciser le sens et la portée du dispositif, à déterminer les points sur lesquels il y a chose jugée et qui partant ne peuvent être remis en question ; Considérant que cette règle ne s'applique pas seulement aux jugements des tribunaux institués par l'Etat, mais également aux sentences arbitrales, rendues dans les limites de la compétence fixées par le compromis ; Considérant que ce même principe doit, à plus forte raison, être appliqué aux arbitrages internationaux" ; **pièce CL318**, *Trail Smelters (U.S. v. Can.)*, 3 R.I.A.A. 1905, at 1950 (1941) : "That the sanctity of res judicata attaches to a final decision of an international tribunal is an essential and settled rule of international law" ; **Pièce CL288**, *Interpretation of Judgments Nos. 7 and 8 concerning the Case of the Factory at Chorzow*, 1927, PCIJ (Ser. A) No. 11 at 27 (Dissenting Opinion of Judge Anzilotti)

<sup>220</sup> **Ibid.**, Bin Cheng, p. 348 et s.; **Pièce CL319**, Schaffstein, §§ 261 et s.

<sup>221</sup> **Pièce CL288**, Opinion dissidente du juge Anzilotti, p. 24

<sup>222</sup> **Pièce CL294**, *Amco c. Indonésie (Procédure de nouvel examen)*, Affaire CIRDI No. ARB/81/1, Décision sur la compétence, 10 mai 1988, § 26.

<sup>223</sup> **Ibid.**, *Amco c. Indonésie (Procédure de nouvel examen)*, Affaire CIRDI No. ARB/81/1, Décision sur la compétence, 10 mai 1988, § 30 ; v. aussi **pièce CL320**, *Apotex Holdings Inc., Apotex Inc. v. United States of America*, ICSID Case No. ARB(AF)/12/1, Award (25 August 2014), §7.11 ; **pièce CL321**, *Rachel S. Grynberg, Stephen M. Grynberg, Miriam Z. Grynberg and RSM Production Company v. Grenada*, Award, 10 décembre

275. Tel fut également le cas du tribunal de nouvel examen dans l'affaire *Vivendi c. Argentine*<sup>224</sup>, qui faisant référence à l'article 55(3) de la Convention décida que :

*"When it concluded, in its Award, that it had jurisdiction, the First Tribunal made determinations on the various elements of the jurisdiction under the ICSID Convention and the BIT, finding, inter alia that the CGE and CAA were proper Claimants and that the dispute arose out of the investments made by Claimants in Argentina. Given these findings this Tribunal is precluded under the doctrine of res judicata from reconsidering the First Tribunal's jurisdictional conclusions"<sup>225</sup>.*

276. En l'espèce, le Tribunal de resoumission a remis en cause l'autorité de la chose jugée des parties non annulées de la Sentence initiale.

### 2.3.2 La reconsidération de la partie *res iudicata* de la Sentence initiale

277. Les manifestations de biais apparent commises par le Tribunal de resoumission ont été discernables après la lecture de la SR.

278. La Sentence initiale a statué que relevaient de la compétence du Tribunal arbitral les actes survenus entre les partis enfreignant l'article 4 de l'API soumis à l'arbitrage en mai 2000 (la "Décision 43", du 28 avril 2000) et le 4 novembre 2002 (la paralysie des réclamations de M. Pey devant les institutions exécutive, administrative et judiciaire) :

Sentence initiale, Chapitre VII, "Responsabilité de l'État", *res iudicata* :

§624. *"Les parties demandereses prétendent être victimes d'un déni de justice qui aurait eu lieu durant une période commençant en 1995 et allant à tout le moins jusqu'en 2002. Le déni de justice allégué comportait initialement deux aspects : l'impossibilité d'obtenir une décision sur le fond en première instance au bout de sept ans de procédure dans l'affaire concernant la restitution de la rotative Goss et l'intervention de la Décision n°43, dont l'incompatibilité avec la procédure judiciaire a été en vain contestée par les demandereses, présentées comme une violation de l'article 4 de l'API. Lors des audiences de janvier 2007,*

---

2010, §§ 7.1.9

<sup>224</sup> **Pièce CL262**, *Compañía de Aguas del Aconquija S.A. and Vivendi Universal S.A. v. Argentine Republic*, ICSID Case No. ARB/97/3, Decision on Jurisdiction, 14 November 2005, §72 ; v. aussi **pièce CL320**, *Apotex Holdings Inc. and Apotex Inc. v. United States of America*, ICSID Case No. ARB(AF)/12/1, Award, 25 August 2014, §7.11 et s. ; **pièce CL321**, *Rachel S. Grynberg, Stephen M. Grynberg, Miriam Z. Grynberg and RSM Production Company v. Grenada*, Award, 10 décembre 2010, §§ 7.1.9 ; **pièce CL322**, *Ampal-American Israel Corporation and others v. Arab Republic of Egypt*, Affaire CIRDI No. ARB/12/11, Décision sur la responsabilité et les chefs de préjudice, 21 février 2017, §§266, 270; **pièce CL323**, *Caratube International Oil Company LLP and Devincci Salah Hourani c. République du Kazakhstan*, Affaire CIRDI No. ARB/13/13, Sentence, 27 septembre 2017, §§487-501; **pièce CL324**, *Helnan International Hotels A/S v. Arab Republic of Egypt*, ICSID Case No. ARB/05/19, Award, 7 June 2008, § 126 : "For an earlier final decision, issued by a competent court or arbitral tribunal, to be conclusive in subsequent proceedings, three cumulative basic conditions must be met: identity of parties, identity of subject matter or relief sought and identity of legal grounds or causes of actions" ; v. aussi **Pièce CL325**, *Petrobart Limited v. Kyrgyz Republic*, ARB No. 126/2003, Arbitral Award, 29 March 2005, § VIII.4.3: "There may however be special reasons, such as the appearance of new evidence, which justify a new examination. Moreover, the *res judicata* doctrine applies only when there is identity of object and does not prevent a new examination of a matter which differs significantly from that which has previously been decided."

<sup>225</sup> **Pièce C262** - *Compañía de Aguas del Aconquija S.A. and Vivendi Universal S.A. v. Argentine Republic*, ICSID Case No. ARB/97/3, Decision on Jurisdiction, 14 November 2005, §78

*les demanderesses ont élargi leur demande fondée sur le déni de justice "à l'ensemble du contentieux soumis au Tribunal arbitral [...] ". [Citation omise]*

§625. "*La défenderesse n'a pour sa part pas développé d'arguments sur l'éventuelle applicabilité des dispositions de fond de l'API au déni de justice allégué par les demanderesses.*" [Citation omise, emphase ajouté].

279. En conséquence, compte tenu que "*La présente instance est le prolongement de l'arbitrage initial*"<sup>226</sup>, en vertu du principe *non bis in idem* l'État Défendeur ne pouvait développer, pas plus que le TR accepter, des arguments sur ces sujets alors que la resoumission avait pour seul objet la fixation du *quantum* de la compensation, celle prévue au para. 4 du Dispositif de la SI ayant été annulée) :

*The whole question is regarded as settled and it may not be the subject of a second action. Eadem res, in the maxim is de eadem re non sit actio, should, therefore, be construed as the entire claim without regard to the fact whether the various and separate items therein contained have all been presented or not.*<sup>227</sup>

280. La Recommandation no. 5 de la International Law Association sur la *res judicata* affirme:

*"L'effet négatif dans la procédure arbitrale ultérieure, de l'autorité de la chose jugée attachée à une sentence arbitrale, s'applique à toute demande, toute cause de demande ou toute question de fait ou de droit qui aurait pu être, mais n'a pas été soulevée dans la procédure ayant aboutie à la sentence, à condition que la soumission nouvelle d'une telle demande, cause de demande ou question de fait ou de droit, constitue une injustice procédurale ou un abus de procédure."*<sup>228</sup>

281. La *res iudicata* était donc pleinement respectée lorsque, le 18 juin 2013, les Demanderesses ont soumis à nouveau les différends nés à partir de l'année 2000 **à la seule fin de déterminer le montant de la compensation due par l'État du Chili en application des paras. 1 à 3 du Dispositif de la Sentence du 8 mai 2008 ayant l'autorité de la chose jugée.**

282. Or la Sentence en resoumission a fait fi de la *res iudicata*, a rouvert -par surprise- la procédure et par le biais d'accepter des exceptions de l'État Défendeur que la Sentence initiale avait rejetées, a privé d'effet utile les points 1 à 3 du Dispositif de la SI et de leurs fondements corrélatifs *res iudicata*, et a exonéré *de facto* l'État de l'obligation de compenser pécuniairement les investisseurs.

283. La procédure dans le présent arbitrage, fondée sur un traité, est régie par le droit international public général :

<sup>226</sup> Pièce C9f, Sentence initiale, §188

<sup>227</sup> Pièce C317, B. Cheng, *General Principles of Law as Applied by International Courts and Tribunals*, Cambridge Grotius Publications Limited, 1987, p.344

<sup>228</sup> Pièce C81, accessible sur <http://www.ila-hq.org/en/committees/index.cfm/cid/19>

*"The consent [to the arbitration offer under the treaty] must also be deemed to comprise a choice for general international law, including customary international law, if and to the extent that it comes into play for interpreting and applying the provisions of the Treaty"*<sup>229</sup>

284. Par conséquent, les questions relatives à la *res iudicata* "have to be resolved by reference to the treaty rules, interpreted by reference to such other rules of public international law as may be applicable between the parties".<sup>230</sup>

285. La Sentence en resoumission a manqué à cette obligation, alors que conformément à la doctrine de la C.I.J. :

*"Le principe de l'autorité de la chose jugée répond, tant dans l'ordre international que dans interne, à deux objectifs, l'un général, l'autre particulier. Premièrement, la stabilité des relations juridiques exige qu'il soit mis un terme au différend considéré. (...). Deuxièmement, il est dans l'intérêt de chacune des parties qu'une affaire qui a d'ores et déjà été tranchée en sa faveur ne soit pas rouverte. (...) Priver une partie du bénéfice d'un arrêt rendu en sa faveur doit, de manière générale, être considéré comme contraire aux principes auxquels obéit le règlement judiciaire des différends."*<sup>231</sup>

286. Dans le cas présent, l'affaire tranchée et les bénéfices qui en découlent sont ceux établis aux points 1 à 3 du Dispositif de la Sentence initiale et leurs fondements corrélatifs.

287. La procédure de resoumission des différends nés en mai 2000 et en 2002 étant déterminée par la Convention CIRDI, celle-ci pouvant être caractérisée comme un régime de droit international public *sui generis*<sup>232</sup> où le droit international public général doit combler toute éventuelle lacune dans la Convention<sup>233</sup>, l'effet *res iudicata* de la Sentence de 2008 doit être déterminé en conformité du droit international public.

288. En conséquence, le Tribunal de resoumission devait tenir compte du Dispositif de la Sentence selon lequel la République du Chili "a violé son obligation de faire bénéficier les demanderessees d'un traitement juste et équitable, en ce compris celle de s'abstenir de tout déni de justice", violation au titre de laquelle "les demanderessees ont droit à compensation" (points 2 et 3 du Dispositif). Ce qu'il n'a pas fait, excédant manifestement son pouvoir.

<sup>229</sup> **Pièce C57**, *ADC v. Hungary* (ICSID), Award of 2 October 2006, §290

<sup>230</sup> **Pièce CL272**, *McLachlan (C.)- Shore (L.)- Weiniger (M.)*, *Parallel Proceedings*, in *International Investment Arbitration*, *Oxford International Arbitration Series*, 2008, §4.04

<sup>231</sup> **Pièce CL273**, C.I.J., *affaire relative à l'application de la Convention contre le Génocide*, arrêt du 26 février 2007, §§116, 120, accessible dans <http://www.icj-cij.org/docket/files/91/13685.pdf>

<sup>232</sup> **Pièce CL274**, Douglas (Z.), *The International Law of Investment Claims* (2009),124; Douglas (Z.), *The Hybrid Foundations of Investment Treaty Arbitration*,74 *B.Y.I.L.* (2003), 219; **pièce CL275**, Hansen (R.F.), *Parallel Proceedings in Investor-State Treaty Arbitration: Responses for Treaty-Drafters, Arbitrators and Parties*, 73(4) *Mod.L.Rev.* (2010), 536; **pièce CL276**, Chukwumerije (O.), *International Law and Article 42 of the ICSID Convention*, 14(3) *J.Int'l Arb.* (1997), 81

<sup>233</sup> **Pièce CL277**, Heiskanen (V.), *Forbidding Dépeçage: Law Governing Investment Treaty Arbitration*, 32(2) *Suffolk Transnat'l L.Rev.* (2009), 396

289. Cette conclusion est conforme aux *Recommandations sur la l'autorité de la chose jugée en arbitrage* approuvées par la International Law Association (Toronto 2006)<sup>234</sup>, à savoir:

*"3. Une sentence arbitrale bénéficie, dans le cadre d'une procédure arbitrale ultérieure, des effets positif et négatif de l'autorité de la chose jugée, dès lors que cette sentence (...)*

*3.2 a tranché ou disposé d'une demande formulée ou débattue à nouveau dans le cadre de la procédure arbitrale ultérieure ;*

*3.3 découle d'une demande qui est invoquée dans la procédure arbitrale ultérieure ou qui sert de cause à la procédure arbitrale ultérieure ; et*

*3.4 a été rendue entre les mêmes parties.*

*4. Les effets positif et négatif de l'autorité de la chose jugée attachée à une sentence arbitrale, dans une procédure arbitrale ultérieure, s'étendent :*

*4.1 aux mesures et décisions contenues à son dispositif ainsi qu'à tous les motifs nécessaires à ces mesures et décisions ; et*

*4.2 aux questions de fait ou de droit effectivement débattues devant le tribunal arbitral et décidées dans la sentence, à condition que ces décisions aient été essentielles ou fondamentales pour aboutir au dispositif de la sentence. (...)*

*6. L'effet positif de l'autorité de la chose jugée attachée à une sentence arbitrale peut être invoqué dans une procédure arbitrale ultérieure à tout moment permis par les règles de procédure applicables.*

*7. L'effet négatif de l'autorité de la chose jugée attachée à une sentence arbitrale n'a pas à être soulevé d'office par le tribunal arbitral. S'il n'a pas été renoncé à cet effet négatif, celui-ci devrait être soulevé dès que possible par la partie qui s'en prévaut."*

290. La Sentence en resoumission n'a pas respecté ces principes.

291. Les seules questions que le Tribunal de resoumission a posées aux parties pendant les trois ans et demi de cette étape de la procédure arbitrale l'ont été dans la soirée du 15 avril 2015, la veille de la clôture des audiences orales. Elles ont un sens contraire aux dispositions ayant l'autorité de la chose jugée et rouvrent des exceptions formulées par l'État du Chili rejetées dans la Sentence initiale et dans la Décision du premier comité *ad hoc*, comme les Demanderesses l'ont déclaré lors de la session du 16 avril 2016<sup>235</sup>, par exemple :

*"de manière continue la République du Chili a réasséné un certain nombre de choses qui sont (...) en contradiction complète avec l'autorité de la chose jugée. (...) c'est un peu comme l'éléphant au milieu de la pièce : on tourne autour de l'éléphant sans le voir. En réalité, c'est un des éléments essentiels du dossier. Le Chili n'accepte pas et n'a jamais accepté - apparemment il ne l'accepte toujours pas - que M. Pey était et est le propriétaire de l'investissement. C'est quelque chose qui, pourtant, a été tranché (...) c'est revêtu de l'autorité de la chose jugée (...) C'est vraiment, en fait, la remise en cause systématique de la qualité d'investisseur et de propriétaire de M. Pey Casado. Un deuxième exemple de la remise en cause de quelque chose qui est revêtu de l'autorité de la chose jugée, c'est*

<sup>234</sup> **Pièce C181**, accessibles dans <http://www.ila-hq.org/en/committees/index.cfm/cid/19>

<sup>235</sup> Voir dans la **pièce C43** la transcription des interventions des Demanderesses, en particulier les pages 183-186, 195, 196

*l'existence même d'un investissement à la date d'entrée en vigueur de l'API. (...) cela a été discuté et cela a été tranché par le Tribunal arbitral initial et cela a été confirmé par le Comité ad hoc.*<sup>236</sup>

292. Quatre questions en particulier ont été rouvertes par la Sentence en resoumission : l'existence de l'investissement réalisé par M. Pey (2.3.2.1), la nature de la compensation due par l'État du Chili aux Demanderesses (2.3.2.2), l'indétermination lors du prononcé de la Sentence initiale du statut en droit interne du Décret confiscatoire n° 165 (2.3.2.3) et la "Décision 43" du 28 avril 2000 (2.3.2.4). Le nombre et l'importance de ces actes de réouverture conduisent les Demanderesses à s'interroger : s'agit-il de simples erreurs matérielles dans la Sentence en resoumission ? (2.3.2.5).

\*

### 2.3.2.1 1<sup>ère</sup> question *res iudicata* rouverte : l'investissement de M. Pey au sens de l'API existe-t-il ?

293. La première question du TR a rouvert une exception soulevée par l'État du Chili lors de la procédure initiale que la Sentence initiale avait rejetée. La question a été posée dans les termes suivants :

*"The tribunal must be assumed to have reached its award on the basis that it found Mr Pey Casado and the Foundation President Allende to have been investors under the terms of the bilateral investment treaty. **But in what respect the award established the status of Mr Pey Casado and the foundation as investors** under the bilateral treaty, and -- and this is an important point -- **in respect of what** as their investment under the bilateral investment treaty."*<sup>237</sup>

294. Mentionnons en passant la simple évidence : l'API affirme que les investissements réalisés avant l'entrée en vigueur de l'API qui ont la qualité d'investissement étranger sont protégés par l'API, c'est-à-dire que l'investisseur a des droits et, par ailleurs, que de tels droits constituent un investissement au sens du Traité.
295. Pendant 42 minutes<sup>238</sup> l'État du Chili a répondu à cette question réitérant les exceptions *ratione personae*, *ratione materiae* et *ratione temporis*, écartées par le Tribunal initial et par le Comité *ad hoc*. En voici le résumé :

*"The award really doesn't make sense (...). There are contradictions and lacunae, anomalies that cannot be reconciled. The most you can aspire to do is to understand why it does not make sense (...)*

<sup>236</sup> **Ibid.**, pages 185-186

<sup>237</sup> **Ibid.**, transcription de l'audience du 15 avril 2015, 16 :49, pages 162-163

<sup>238</sup> **Ibid.**, transcription de l'audience du 16 avril 2015, entre 15 :43 et 16 :29, pages 67 à 92

*Mr Pey had played merely a role as an intermediary. (...) in 2000 you have Decision 43 (...) identifying the people that ultimately were the successors of the people who were compensated (...)*

*the status of Mr Pey Casado and the foundation as investors under the treaty and what qualified ultimately as the investment that was covered by the treaty (...) was of paramount concern to Chile in the arbitration. We had said, "How can this be an investment arbitration under the bilateral investment treaty, when the investment had been extinguished 19, 20 years before the BIT's entry into force?" (...)*

*If the investment happened already, and then disappeared entirely before the entry into force, then how could it be covered by the treaty? so what did the tribunal do with our objection that the investment didn't exist anymore? They just ignored it. (...)*

*that's probably the struggle you're having: the award says absolutely nothing about that (...) in order to reach what we think was the conclusion that was preordained. (...)*

*there were any number of issues like this (...) they said that Mr Pey did in fact qualify as an investor under the treaty. (...) how illogical it was for the tribunal to assume jurisdiction over an investment that had ceased to exist 20 years earlier. There were a number of other bizarre things (...)"*.

296. La réouverture de cette question paraît d'autant plus apparemment biaisée que le Tribunal de resoumission avait la plus parfaite connaissance du fait étayé dans le dossier arbitral :
- i. Que cette question avait été rejetée dans les Chapitres IV et V de la Sentence initiale avec l'autorité de la chose jugée, en particulier dans les §§365-410;
  - ii. Que la Sentence initiale avait tranché, également avec l'autorité de la chose jugée,
    - que les juridictions internes "ont reconnu la propriété de M. Pey sur les actions confisquées" le 29 mai 2005 (§666),
    - "que des autorités chiliennes avaient reconnu [déjà en 1995] que M. Pey Casado était propriétaire des titres confisqués<sup>239</sup> et que la défenderesse n'ignorait pas la revendication par M. Pey Casado d'une compensation [pécuniaire] au moment [28 avril 2000, "Décision 43"] où elle a décidé d'indemniser d'autres que lui – un acte constituant de l'avis du Tribunal une claire violation du droit à un "traitement juste et équitable "prévu par l'API" (§685).
  - iii. Que le Chili avait demandé au Comité *ad hoc* d'annuler la totalité de la Sentence arbitrale initiale sur la base de ces mêmes exceptions, en y ajoutant la prétendue *inexistence*<sup>240</sup> de l'investissement lorsque l'API était entré en vigueur le 29 mars 1994 du fait que le Décret n°165, de 1975, aurait légalement dissout les Sociétés CPP et EPC et transféré à l'État la pleine propriété de leurs biens :

<sup>239</sup> [632. V., par exemple, le Décret suprême n°1200 du 25 novembre 1977 (annexe 20 à la requête d'arbitrage du 3 novembre 1997)]

<sup>240</sup> Cfr **Pièce C280**, *Chile's Request for annulment of the Award*, ¶¶ 344, 402; **Pièce C280**, *Réponse du Chili sur l'annulation*, ¶¶ 398-399, 416-422, 485-487, et le rejet de la prétention du Chili par la Décision du Comité *ad hoc* du 18-12-2012, pièce **C20** (ND05), ¶¶ 167-168

143. Subsequently, Decree 165 of 10 February 1975 formally dissolved CPP and EPC, confiscating the assets of those companies. It was this 1975 decree that transferred the property rights over “El Clarín” to the Chilean State, thereby formalizing the confiscation that had occurred *de facto* on 11 September 1973.<sup>241</sup>

- iv. Que dans son Mémoire en annulation du 10 juin 2010, l’État avait continué à nier le droit d’agir reconnu dans le Jugement interne du 29 mai 1995 *-res iudicata*<sup>242</sup>- à M. Pey en soutenant<sup>243</sup> :

“550. [...] Mr Pey could not possibly have donated any CPP or EPC shares to the Fundación in 1990 for the simple reason that, by virtue of Supreme Decree n° 165 of February 10, 1975, the President of the Republic of Chile had declared those two companies formally dissolved. Accordingly, as of such date, those companies ceased to exist as legal entities and their corresponding ‘shares’ had also ceased to exist in a legal sense, and therefore could not be transferred to a third party.

“564. Given this, the Republic of Chile could not have committed any post-entry into force breach of the BIT with respect to Mr. Pey’s alleged investment for the simple reason that the relevant companies that purportedly constituted the investment had already been definitively expropriated by 1975 –almost 20 years before the BIT’s entry into force. As explained above, upon issuance of Decree N° 165 in 1975, CPP and EPC were irrevocably dissolved.”

- v. Que dans son Mémoire en Réplique sur l’annulation du 22 décembre 2010, l’État du Chili avait persisté<sup>244</sup> :

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). (...) This means necessarily that Claimants’ investment was extinguished at that time. [...]

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.

- vi. Que le Comité *ad hoc* avait rejeté toutes ces objections de l’État du Chili.

297. La réouverture de la *res iudicata* de la Sentence initiale rejetant ces exceptions, l’acceptation implicite dans la Sentence en resoumission des exceptions du Chili rejetées dans la Sentence initiale et la Décision du Comité *ad hoc*, constituent des présumés logiques de ce qui serait autrement incompréhensible, à savoir le refus du

<sup>241</sup> Pièce C280, Chile’s Request for annulment of the Award, ¶143

<sup>242</sup> Pièce C2, Sentence initiale, “Conclusions du Tribunal. (...) 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 détenait, reconnaissant par là même que M. Pey Casado était effectivement l’acquéreur et le propriétaire des actions.”

<sup>243</sup> Pièce C280, Chile’s Request for annulment of the Award, ¶¶550, 564

<sup>244</sup> Pièce C269, Chile’s Memorial on Annulment of the Award, 10 juin 2010, ¶¶418, 486

Tribunal de resoumission d'exercer la compétence établie dans les paras. 1 à 3 du Dispositif de la Sentence initiale sur les violations de l'API commises depuis la dénommée "Décision 43", du 28 avril 2000, du Ministère des Biens Nationaux.

\*

### 2.3.2.2 2<sup>ème</sup> question *res iudicata* rouverte : quelle est la nature de la compensation due par l'État du Chili aux Demanderesses ?

298. Lors de la soirée de ladite audience du 15 avril 2015 le Tribunal de resoumission a posé cette deuxième question :

*"should the Tribunal understand the term "compensation", as it exists in point 3, as referring only to monetary compensation, to financial compensation, or as referring more generally to the forms of reparation recognised in international law in the case of international wrongs? And if the answer is the latter rather than the former, then what other forms of compensation might potentially be appropriate as remedies for the breaches of the bilateral investment treaty which were found by the first tribunal and upheld in the annulment decision?"*

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

299. Le Tribunal de resoumission s'est ainsi ménagé à lui-même une voie allant à l'encontre de l'autorité de la chose jugée de la Sentence initiale et de l'article 54(1) de la Convention du CIRDI, à savoir :

- i. Tout au long de l'arbitrage initial, en particulier depuis mai 2000 (la "Décision 43"), les propositions et les demandes des Demanderesses ont porté sur une compensation de nature exclusivement financière, tant il est évident qu'en matière d'infraction aux droits de l'investissement, telle est universellement la modalité pertinente. Cela a conditionné toute la procédure arbitrale. Comme l'affirme le prof. Crawford :

*If the Chorzów Factory principle embodies an entitlement, it is nonetheless one which depends in practice on choices made by the claimant. Illustrations include the claimant's right to elect the form of remedy, election of remedies in the course of proceedings, fork-in-the-road clauses and the non ultra petita rule. (...)*

*For investment tribunals, virtually all remedies awarded to date have been in the form of monetary compensation. **This is the only type of remedy mandated by the ICSID Convention** . Under ICSID rules it seems that a tribunal may not award a non-pecuniary remedy in the absence of a monetary alternative. (...)*

*The International Court generally respects the choice of reparation made by the applicant and will not venture beyond it.<sup>245</sup>*

<sup>245</sup> Pièce CL278, Crawford (J.), [State Responsibility\The Implementation of Responsibility Part VI.pdf](#) , 2013, in [The Law of International Responsibility](#), Edited by: James Crawford, Alain Pellet, Simon Olleson, Kate Parlett, Part VI, pages 598, 620-622

300. En effet, l'article 54(1) de la Convention ne fait référence qu'à "*des obligations pécuniaires*". Il est donc compréhensible que le prof. Douglas ait conclu :

*Unlike diplomatic protection in customary international law, ICSID proceedings are concerned with the vindication of private interests and the principal advantage of ICSID arbitration for investors is that the fate of their claims is not dependent upon the vicissitudes of the diplomatic relationship between States. The corollary of this essential feature of the ICSID investor/State regime is that forms of reparation that have evolved in inter-State cases cannot be assumed to be part of the remedial arsenal of ICSID tribunals*<sup>246</sup>,

de même que MM. Campbell McLachlan, Laurence Shore, Matthew Weiniger :

*To date, the remedy awarded by almost all [investment protection] tribunals has been the payment of monetary compensation*<sup>247</sup>,

ou la Cour Européenne des Droits de l'Homme dans de nombreux arrêts portant sur des investissements étrangers et le droit de propriété, dont dans les affaires *Brumarescu v Roumanie*<sup>248</sup> ou *Youkos c. Russie*.<sup>249</sup>

- 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 para. 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.<sup>250</sup>

301. Cette intention de la Sentence initiale d'accorder une compensation de nature pécuniaire est également réitérée dans les paragraphes suivants de la Sentence initiale :

- i. "*Que l'article 4 API était bien applicable (après son entrée en vigueur) au déni de justice allégué par les demandresses*" (§676) ;
- ii. Qu'il ne reste au Tribunal arbitral qu' "*à tirer les conséquences de ce qui précède, quant à l'obligation d'indemniser, son exécution concrète et le calcul de son montant*" (§679);
- iii. Que "*l'existence même de dommages résultant de la confiscation n'appelle aucune analyse particulière. Cette existence résulte à la fois, à l'évidence, de la nature des choses, d'une part, et de sa reconnaissance par la défenderesse d'autre part (...)* On ne conçoit pas, en

<sup>246</sup> **Pièce CL279**, Douglas (Z.), *Other Specific Regimes of Responsibility: Investment Treaty Arbitration and ICSID*, dans *The Content of International Responsibility*, Part IV, Ch.54.1, in *The Law of International Responsibility*, Edited by: James Crawford, *ibid*.

<sup>247</sup> **Pièce CL280**, McLachlan (C.)- Shore (L.)- Weiniger (M.): *Compensation*, in *International Investment Arbitration: Substantive Principles*, (2nd Edition), Oxford International Arbitration, 2017, Part III Substantive Rights, 9 *Compensation*, §9.158

<sup>248</sup> **Pièce CL282**[CL119] CEDH [GCJ], *Brumarescu v Roumanie* Sentence, 23 janvier 2001, §§19, 20, 21, 22, 23, 24

<sup>249</sup> **Pièce CL283**, *Youkos c. Russie*, Judgment on Damages, ECHR, 31 juillet 2014, §21 : "*Despite the Government's objections, the Court sees no good reasons to depart from the principle of restitutio in integrum, firmly established in its case-law, in assessing the amount of pecuniary compensation in the present case.*"

<sup>250</sup> La seule exception est le §704, circonscrit à "*la demande relative au dommage moral*"

*effet, l'octroi d'une quelconque indemnité par l'autorité chilienne - fût-ce à d'autres que le véritable propriétaire des biens confisqués, par erreur ou intentionnellement [dans la "Décision 43", pécuniaire] - sans l'admission de dommages causés par la confiscation."* (§680) ;

- iv. Qu' *"il est superflu d'ajouter que cette constatation élémentaire est indépendante du droit applicable, qu'il soit interne (chilien) ou international. Quelle qu'ait pu être la base juridique retenue par la défenderesse dans sa décision d'indemniser [à des tiers non propriétaires dans la "Décision 43"], le Tribunal arbitral, lui, ne peut que se fonder sur le droit international pour constater le déni de justice et le dommage résultant nécessairement du traitement (non "juste et équitable") réservé à l'investissement."* (§681).
- v. Qu' *"il convient de rappeler dans ce contexte que le préjudice à indemniser n'est pas celui souffert à la suite de l'expropriation (demande qui n'est pas couverte par les dispositions de fond de l'API), mais celui souffert en raison des violations de l'API que le Tribunal arbitral a constatées et à propos desquelles il est compétent pour rendre une décision"*. (§693)

302. Que la seule compensation envisagée et accordée dans la Sentence initiale est de nature pécuniaire a été confirmé par la Décision du Comité *ad hoc* du 18 décembre 2012, où la compensation sous forme de "satisfaction" n'est même pas mentionnée. Bien au contraire, dans la rédaction littérale, l'objet et la finalité des §§263, 264, 266, 271 le Comité *ad hoc* a ratifié la nature exclusivement pécuniaire de la compensation dont il est question dans les paragraphes nos. 3 et 4 du Dispositif de la Sentence initiale.

303. La mise en question, lors de la clôture des audiences, par le Tribunal de resoumission, de la *res iudicata* portant sur la nature pécuniaire de la compensation due est l'un des présupposés logiques de ce qui serait autrement incompréhensible, à savoir le point 2 du Dispositif de la Sentence en resoumission, dont la version initiale disposait :

*"2) que, comme cela a déjà été indiqué par le Tribunal Initial, sa reconnaissance formelle des droits des Demanderesses et du déni de justice dont elles ont été victimes constitue en soi une forme de satisfaction au regard du droit international au titre de la violation par la Défenderesse de l'article 4 du TBI387."*<sup>251</sup>

304. Or les points 1 à 3 du Dispositif de la Sentence initiale sont liés par une symbiose. Le droit à compensation énoncé au troisième point ne peut se comprendre autrement que comme une obligation, à caractère continu, faite à la République du Chili d'indemniser les dommages financiers causés par la violation à l'article 4 de l'API (§§624, 626, 668 *in fine*, 674, notes 589, 599 de la Sentence initiale), à raison de l'effet dommageable provoqué par l'infraction. Cela quand bien même le Tribunal initial n'a pas tranché -et ne pouvait trancher- dans la Sentence le point relatif au statut légal du Décret n° 165 en droit interne dès lors qu'il a attribué la compétence pour le déterminer aux juridictions internes (§§593 *in fine* et 603 *in fine*), dont la rétention du Jugement du 1er Tribunal

<sup>251</sup> [387 Pièce R-27, Sentence Initiale, 8 mai 2008, para. 704 "... le Tribunal arbitral estime que le prononcé de la présente sentence, notamment par sa reconnaissance des droits des demanderesses et du déni de justice dont elles furent victimes, constitue en soi une satisfaction morale substantielle et suffisante"]. Cette version a été rectifié dans la Décision de correction du 7 novembre 2017 suivante : "2) que la 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."

civil de Santiago est l'un des faits constitutifs du déni de justice, et simplement caractérisé comme tel par la Sentence initiale (§674).

305. Cependant la Sentence en resoumission (§216 *in fine*) a dénié aux Demanderesses le droit, reconnu dans la Sentence arbitrale *res iudicata*, de se prévaloir des éléments de fait et de droit connus ou survenus depuis l'année 2000, rendant inopérants les points 1 à 3 du Dispositif aux effets de calculer le montant des dommages subis par la violation de l'article 4 de l'API, dont le contour ultime ne pouvait être connu, par définition, que lorsque ce le déni de justice était destiné à occulter – à savoir le maintien de la pleine propriété de l'investissement depuis le 11 septembre 1973 compte tenu de la nullité de droit public du Décret n° 165 - est devenu apparent (le Jugement du 24 juillet 2008 du 1<sup>er</sup> Tribunal civil de Santiago).
306. Ceci constitue un excès de pouvoir manifeste.
307. Dans les circonstances de l'espèce constitutives du déni de justice et de la discrimination, le Tribunal de resoumission a exclu, *contra res iudicata*, de sa compétence les éléments de fait et de droit portés à sa connaissance postérieurs à mai 2000, et à la base des points 1 à 3 du Dispositif de la Sentence initiale, qui précisent la nature et la portée des liens de causalité existant entre les points 1, 2, 3 et 4, puisque c'est exclusivement l'élucidation de ce que la discrimination et le déni de justice aboutissent à occulter qui peut déterminer le montant financier de la compensation (points 1 à 3 du Dispositif), par une mesure exacte des effets de leur impact désigné sur le Tribunal arbitral initial.
308. Cette question avait été soulevée par les Demanderesses devant le Tribunal initial :

Sentence initiale (soulignements ajoutés) :

§624. "Les parties demanderesses prétendent être victimes d'un déni de justice qui aurait eu lieu durant une période commençant en 1995 et allant à tout le moins jusqu'en 2002. (...) 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 [...] ' ".589<sup>252</sup>" [*res iudicata*, que le Tribunal de resoumission n'a pas respecté en dépeçant et déstructurant la SI et le contentieux],

§625. "La défenderesse n'a pour sa part pas développé d'arguments sur l'éventuelle applicabilité des dispositions de fond de l'API au déni de justice allégué par les demanderesses.<sup>590</sup><sup>253</sup> [*res iudicata*, que l'État du Chili ni le Tribunal de resoumission ont respecté en rouvrant la procédure sur des questions *res iudicata*]

§626. "Après examen des faits<sup>591</sup> 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

<sup>252</sup> ["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'Etat 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".]

<sup>253</sup> ["590 Contre-mémoire de la défenderesse du 3 février 2003, p. 182 et ss. La défenderesse a formulé une objection aux développements des parties demanderesses sur le déni de justice lors de l'audience du 16 janvier 2007 (v. la transcription de l'audience du 16 janvier 2007, p. 45 (Me Goodman))"]

*en vigueur de l'API. L'article 4 de l'API lui est donc bien applicable ratione temporis*" [*res iudicata* que le TR n'a pas respecté dès lors qu'il a refusé d'exercer sa compétence sur les questions surgies entre les parties après la date du 3 novembre 1997]

309. Exclure cette élucidation revient à contredire directement les termes du Dispositif de la Sentence initiale, interdisant la démonstration requise, et, *a fortiori*, l'évaluation de la portée de la compensation (para. 3), qui constituent, quant à elles, la finalité même des décisions du Tribunal arbitral initial ayant l'autorité de la *res iudicata*.
310. En effet, les fondements des points. 1 à 3 du Dispositif de la SI affirment qu'en 2000 et en 2002, lorsque les différends respectifs sont nés, et en 2007 lorsque "*les demanderesses ont élargi leur demande fondée sur le déni de justice* 'à l'ensemble du contentieux soumis au Tribunal arbitral'"<sup>254</sup>, la République du Chili avait l'*obligation d'accorder une réparation au titre de la violation des droits des investisseurs* (§§419-466, 674 de la Sentence initiale) :

Sentence initiale :

§432. "(...) *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.*"

§465. "*Au vu de ce qui précède, le Tribunal conclut que les trois différends invoqués par les demanderesses sont bien survenus postérieurement à l'entrée en vigueur de l'API et qu'il est en conséquence compétent ratione temporis pour en connaître.*"

311. Ceci a été confirmé par la Décision du Comité *ad hoc* (§168)<sup>255</sup>, qui a réaffirmé que le droit à compensation (point 3 du Dispositif) vise à placer les victimes de l'infraction à l'article 4 de l'API dans la position où elles se trouveraient vraisemblablement si ladite infraction n'avait pas eu lieu<sup>256</sup>, et dans un contexte tel que celui de l'espèce, la compensation est de nature financière (voir dans la Sentence initiale §§ 28, 79, 624, 674 - de même que les §§685, 693, 715- ou la longue note 647, et le p. 4 du Dispositif):

Sentence initiale :

"28. *Le 8 octobre 2002, la défenderesse a déposé une requête tendant à ce que soient séparées les questions de responsabilité de celles des dommages et intérêts. Le Tribunal*

<sup>254</sup> **Pièce C2**, Sentence initiale, §§598, 624 : "*les demanderesses ont élargi leur demande fondée sur le déni de justice* "à l'ensemble du contentieux soumis au Tribunal arbitral [...]", et notes de bas de page 563 et 589.

<sup>255</sup> **Pièce C20**, Décision du premier Comité *ad hoc* du 18 décembre 2012, "168. *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. Ces principes ont été respectés par le Tribunal dans la section de la Sentence consacrée à l'application de l'API ratione temporis*"

<sup>256</sup> **Pièce C20**, Décision du Comité *ad hoc* du 18 décembre 2012, "693. *Il convient de rappeler dans ce contexte que le préjudice à indemniser [est] celui souffert en raison des violations de l'API que le Tribunal arbitral a constatées et à propos desquelles il est compétent pour rendre une décision. Notamment, l'indemnisation doit servir à mettre les demanderesses dans la position dans laquelle elles seraient si les violations en question n'avaient pas eu lieu*"

*arbitral, par une ordonnance de procédure n°9-2002 du 3 décembre 2002, a rejeté cette requête.*

*"79. Le 25 juin 1998, c'est-à-dire huit mois après le dépôt de la requête d'arbitrage dans la présente instance le 3 novembre 1997, est promulguée la loi n°19.568 relative à la restitution ou indemnisation pour biens confisqués et acquis par l'État. Les parties demanderesse vont cependant informer le Ministre des biens nationaux par lettre du 24 juin 1999 de leur décision de ne pas recourir à la loi n°19.568, du fait de la requête d'arbitrage introduite en 1997 et de la clause d'option irrévocable (fork-in-the-road) contenue dans l'API Espagne-Chili."57*

312. Le Comité *ad hoc* a assumé et confirmé que dans un contexte tel que celui de l'espèce, la compensation dont il est question dans le point 3 du Dispositif de la Sentence, visant à placer les victimes de l'infraction dans la position où elles se trouveraient vraisemblablement si elle n'avait pas eu lieu, est de nature financière<sup>257</sup> :

Décision du Comité *ad hoc* :

*"165. Les Demanderesses sont en désaccord avec le raisonnement du Chili. Elles expliquent<sup>103</sup>258:*

*"425. Par cet argument, la République du Chili entend enfermer le Tribunal arbitral - et partant le Comité *ad hoc* - dans un syllogisme simpliste qui peut se résumer ainsi : l'acte instantané et achevé qu'est le Décret n°165 de 1975 édictant la dissolution de CPP S.A. et EPC Ltée et le passage de tous leurs biens à l'État équivaut à l'extinction pure et simple de tous les droits afférents à ces biens, et en particulier de la protection conférée par l'API.[...]*

*"433. S'agissant du point de savoir si l'investissement effectué par Monsieur Pey en 1972 était couvert par l'API, le Tribunal fonde sa décision sur l'article 2.2 de l'API qui prévoit : Le présent Traité s'appliquera aux investissements qui seraient réalisés à partir de son entrée en vigueur par des investisseurs de l'une des Parties contractantes dans le territoire de l'autre. Toutefois, il bénéficiera également aux investissements réalisés antérieurement à son entrée en vigueur et qui, selon la législation de la Partie contractante concernée, auraient la qualité d'investissement étranger. (Soulignement ajouté)*

*"434. Or, rien dans cet article [de l'API] n'impose que l'investissement réalisé existe encore à la date de la violation par l'État d'accueil. Il impose seulement que l'investissement réalisé antérieurement à l'entrée en vigueur ait été réalisé conformément à la législation en vigueur dans l'État d'accueil à la date de l'investissement. Le Tribunal a conclu que tel était le cas.*

*"435. L'argument de la Défenderesse consiste à imposer un critère supplémentaire dans la définition des investissements protégés par l'API. Or, comme l'a indiqué le Tribunal arbitral à propos de la définition du terme "investissement" "une telle démarche serait de toute évidence contraire à l'article 31 de la Convention de Vienne sur le droit des traités".*

*"436. En outre, l'imposition d'une telle condition supplémentaire contrevient à l'objet même du droit international de protection des investissements. En effet, suivre l'argument de la*

<sup>257</sup> **Pièce C20**, Décision du Comité *ad hoc* du 18 décembre 2012 (DI-07), §§229, 258, y compris pour le dommage moral (§§ 59, 60, 258)

<sup>258</sup> ["103 Voir C-Mém. Dem. Annul., paras. 425 ; 433-438. Notes de bas de page omises"]

République du Chili équivaldrait à vider de son sens tout traité de protection des investissements.

"437. Ceci a d'ailleurs été rappelé dans plusieurs affaires portées devant des tribunaux arbitraux CIRDI et encore récemment dans la sentence rendue le 15 avril 2009 dans l'affaire *Phoenix Action Ltd c/ la République Tchèque* qui précise :

*is true that an investment that has come to a standstill, because of the host State's actions, would still qualify as an investment, otherwise the international protection of foreign investment provided by BITs would be emptied of its purpose.*

"438. Il résulte des développements précédents que le Comité ad hoc devra rejeter la demande d'annulation de la République du Chili sur ce fondement celle-ci étant irrecevable et à tout le moins mal fondée. [Soulignement et caractères italiques dans l'original]

"166. En outre, les Demanderesses réfutent l'affirmation du Chili selon laquelle le Tribunal n'a pas motivé ses conclusions sur ce point<sup>104</sup>.<sup>259</sup>

#### **"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'API<sup>105</sup><sup>260</sup>. En outre, le Comité est d'accord avec les Demanderesses sur le fait que l'on aurait pu faire valoir que l'obligation d'accorder une réparation au titre de la violation de droits perdure même si les droits en tant que tels ont pris fin<sup>106</sup><sup>261</sup>, 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<sup>107</sup><sup>262</sup>. Ces principes ont été respectés par le Tribunal dans la section de la Sentence consacrée à l'application de l'API *ratione temporis*<sup>108</sup><sup>263</sup>.

*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.*" [Emphase ajouté]

<sup>259</sup> ["104 *Ibid.*, paras. 439 et s."]

<sup>260</sup> ["105 Voir Sentence, paras. 431-432"]

<sup>261</sup> ["106 Voir *Jan de Nul N.V. et Dredging International N.V. c. République arabe d'Égypte*, Affaire CIRDI ARB/04/13, Décision sur la compétence en date du 16 juin 2006, para. 135"]

<sup>262</sup> ["107 Voir *Mondev International Ltd. c. les États-Unis d'Amérique*, Affaire CIRDI ARB(AF)/99/2, Sentence en date du 11 octobre 2002, para. 68 (ci-après 'Sentence Mondev')"]

<sup>263</sup> ["108 Voir Sentence, paras. 419-466"]

*“Position des Demanderesses*

"256. Les Demanderesses sont de l'avis qu'il n'y a eu, dans les circonstances, aucune inobservation d'une règle fondamentale de procédure parce que l'adoption par le Tribunal du calcul des dommages-intérêts dans la Sentence était justifié. Selon les termes employés par les Demanderesses, 'le quantum du dommage réparable au titre du déni de justice et traitement discriminatoire était le même que celui résultant de la confiscation, les violations du Chili n'ayant eu pour conséquence que de priver les Demanderesses d'obtenir réparation pour les confiscations subies [...]"<sup>264</sup>185<sup>265</sup>.

"257. Les Demanderesses soutiennent qu'elles n'ont pas présenté de demandes de dommages intérêts spécifiques au titre des violations de l'article 4 puisqu'elles étaient comprises dans la demande d'indemnisation pour expropriation<sup>186</sup><sup>266</sup>. De la même manière que pour la demande fondée sur le déni de justice, elles font référence à leur Demande complémentaire du 4 novembre 2002, p. 13 :

'Enfin cette demande n'a pas d'incidence sur le montant total des dommages et intérêts sollicités dans la procédure principale. En effet, le rapport des experts "Alejandro Arráez et Associés "sur l'évaluation du groupe d'entreprises du journal Clarin (pièce D18) avait conclu que la compensation correspondant aux presses GOSS établie par le 1er Tribunal civil de Santiago devait être déduite de l'évaluation qu'ils avaient faite du montant global des dommages et intérêts. Cette position est confirmée par le rapport complémentaire du 28 octobre 2002 ci-joint (pièce C225).'

"258. S'agissant de la demande fondée sur la discrimination, elles soutiennent que les dommages-intérêts étaient inclus dans leur rapport d'expert du 19 février 2003<sup>187</sup><sup>267</sup>. Elles font également référence à l'audience de janvier 2007<sup>188</sup><sup>268</sup>:

'L'interprétation des Demanderesses est que si cette "Décision 43" constituait une nouvelle violation du traitement équitable, il conviendrait, notamment dans le calcul du dommage, de tenir compte des actes passés du gouvernement et de la République du Chili, qu'il s'agisse des actes de 1995 ou des décrets de 1977 et 1975 et, dès lors, le calcul de l'indemnité ne serait pas différent si ce n'est qu'il serait peut être augmenté, en ce qui concerne le préjudice moral, qui est l'un des chefs de préjudice demandé, puisque le dommage moral qu'il s'agisse de celui de M. Pey ou de celui de la Fondation a été augmenté par cette nouvelle violation de la République du Chili'.

"263. La seule fois où la question des dommages pour violation de l'article 4 de l'API a été soulevée, c'est lors de l'audience de janvier 2007, lorsque **le Président du Tribunal a demandé aux parties si le préjudice ou dommage résultant de la violation hypothétique de la disposition relative au traitement juste et équitable était le même que celui résultant de l'expropriation ou bien s'il était différent de celui-ci**<sup>197</sup><sup>269</sup>. Cependant, comme il ressort du dossier, l'audience de janvier 2007 avait pour objet de traiter des questions de compétence. Il est évident pour le Comité que la Défenderesse (**et les Demanderesses**) a (**ont**) eu très peu

<sup>264</sup> **Pièce C20**, Décision du Comité *ad hoc* du 18 décembre 2012 (DI-07), §256

<sup>265</sup> ["185 Voir C-Mém. Dem. Annul., para. 613 ; voir aussi Répl. Dem. Annul., paras. 208 et s."]

<sup>266</sup> ["186 Voir C-Mém. Dem. Annul., para. 592"]

<sup>267</sup> ["187 Voir Répl. Dem. Annul., para. 210."]

<sup>268</sup> ["188 Voir C-Mém. Dem. Annul., para. 593, qui cite Tr. Comp. [2] [p. 50] (Fr.)."]

<sup>269</sup> ["197 Voir RA-26c, qui fait référence à Tr. Comp. [p. 49] (Fr.)."]

de temps lors de l'audience pour répondre à la question posée par le Président. (...)” (soulignement ajouté).

“266. (...) Comme elles l'ont expliqué dans leur Contre-mémoire sur l'annulation<sup>270</sup>, 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).

[Fin de citation de la Décision du Comité *ad hoc*]

313. Bref, en annulant pour ce motif le point 4 du Dispositif le Comité *ad hoc* a ouvert aux Demanderesses la porte pour plaider avec toutes les garanties devant le Tribunal de resoumission “*que l'indemnisation due [pour le manquement au TJE, en ce compris le déni de justice] 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.*”

\*\*

### 2.3.2.3 3<sup>ème</sup> question *res iudicata* rouverte: l'indétermination lors du prononcé de la Sentence initiale du statut en droit interne du Décret confiscatoire n° 165

314. Lors de l'audience du 15 avril 2015 le Tribunal de resoumission a posé cette question :

“*The question now is a purely hypothetical one. Assuming, purely hypothetically, that the first tribunal was wrong in making an assumption that Decree 165 was in force as a matter of Chilean law at the time of the award, what effect, if any, would that have on the terms of the award itself; or alternatively, what effect, if any, would it have on the powers and functions of the present Tribunal in these resubmission proceedings?*”<sup>271</sup> [Soulignement ajouté].

315. Le Tribunal de resoumission avait connaissance du fait que la réponse à cette question fait partie intégrante de la Sentence initiale *res iudicata*, et cela dans le sens d'une position pleinement argumentée, fondée sur l'indétermination du statut de ce Décret n° 165 -ce que les Demanderesses ont soutenu tout au long de la procédure de resoumission- :

Mémoire en resoumission du 27 juin 2014<sup>272</sup> :

“§32. Cette rétention [du Jugement], 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

<sup>270</sup> [“201 Voir C-Mém. Dem. Annul., para. 613.”]

<sup>271</sup> Pièce C43, audience du 15 avril 2015, 16 :57, page 165

<sup>272</sup> Pièce C8, Mémoire en resoumission du 27 juin 2014

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 1ère Chambre Civile de Santiago, et, b) à condamner de ce fait l'État du Chili pour déni de justice." [Souligné dans l'original, emphase ajoutée]

Réplique du 9 janvier 2015<sup>273</sup>.

§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 et emphase ajoutés).

316. Ce que les Demanderesses ont réitéré en présence du Tribunal arbitral lors de l'audience du 13 avril 2015:

"pour le Tribunal arbitral [initial], la validité de ce décret est essentielle. Or, dans sa Sentence, comment le Tribunal arbitral parvient à la conclusion que ce décret est valide, produit des effets ? Vous trouvez cela au paragraphe 603 de la Sentence, mais également au paragraphe 595. Je vous lis le paragraphe 603 :

À sa connaissance, "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".

En réalité, en disant cela le Tribunal refuse de constater lui-même la nullité de droit public de ce décret, en application de la Constitution chilienne, et considère qu'il appartient aux juridictions internes du Chili de se prononcer finalement sur cette nullité de droit public.

Et c'est là où se trouve le lien entre le déni de justice, que j'ai évoqué tout à l'heure, et le préjudice subi par les Demanderesses, puisque seul le juge de Santiago, saisi de la demande en restitution de la presse Goss, pouvait se prononcer sur la validité de ce décret dès lors que le Tribunal refusait de constater sa nullité.

Pourquoi seul le juge de Santiago pouvait le faire ? On l'a dit plusieurs fois, le décret 165 ne concerne en réalité que CPP SA et EPC Ltée. Or, M. Pey a présenté ses revendications en réparation pour les confiscations de l'ensemble de ses biens devant un Tribunal arbitral international, il a choisi un forum international, et comme nous l'avons déjà dit, le Traité de protection des investissements entre le Chili et l'Espagne contient une clause de choix définitive, la fork in the road, et donc à partir du moment où la Demanderesse a décidé d'aller devant le forum international elle ne pouvait plus saisir une juridiction chilienne pour se prononcer sur ce décret. Seul le juge de Santiago était saisi d'une question sur un petit point qui était la restitution de la presse Goss mais qui était, également, la propriété de ces sociétés et donc il devait, ce juge, se prononcer sur la validité de ce décret. Le fait qu'il devait se prononcer sur la validité de ce décret se retrouve dans les écritures des parties devant le juge de Santiago."<sup>274</sup> [Soulignement ajouté]

<sup>273</sup> Pièce C40, Réplique du 9 janvier 2015

<sup>274</sup> Pièce C43, transcription de l'audience du 13 avril 2015, interventions des parties Demanderesses, page 26

317. On remarquera, également, qu'à cette "*pure hypothèse*" du Tribunal de resoumission les Demanderesses ont répondu le lendemain que la Sentence initiale n'avait commis aucune erreur et ne devait pas être modifiée "d'un iota"<sup>275</sup>.
318. En effet, le Tribunal initial a très clairement articulé sa décision à cet égard sur l'indétermination, "*à sa connaissance*"<sup>276</sup>, du statut du Décret confiscatoire en droit chilien : le seul cadre dans lequel il a tranché, incontestable et jamais contesté par les Demanderesses dans la procédure de resoumission des différends nés depuis l'année 2000.
319. Cependant ces réponses on ne peut plus claires ont été transformées dans la Sentence en resoumission en une attribution à cet égard aux Demanderesses d'avoir affirmé le contraire, à savoir

*"que le Tribunal Initial a conclu à tort que la confiscation était exclue ratione temporis du champ d'application du TBI" (soulignement ajouté).<sup>277</sup>*

320. Le biais apparent du Tribunal de resoumission est manifeste.
321. Or le Tribunal de resoumission avait pleine conscience que le Tribunal initial non seulement ne s'était pas trompé mais qu'il a écrit, noir sur blanc, qu'il condamnait l'État du Chili à verser une compensation pécuniaire aux Demanderesses sur une base différente, à savoir que "*l'invalidité*" et "*l'illégalité des confiscations sur les biens litigieux*" avait été affirmée et reconnue après l'entrée en vigueur de l'API par l'État du Chili lui-même, comme l'atteste la Sentence initiale dans sa partie *res iudicata*:

- i. Qu'après la décision de justice du 29 mai 1995 reconnaissant que le propriétaire des actions de CPP S.A. était M. Pey, "*les autorités chiliennes, exécutives et administratives (comme judiciaires) étaient informées des revendications et demandes formulées par les demanderesses [de nature pécuniaire]*" (§666) ;
- ii. Que l'État du Chili a reconnu le 6 mai 2003 que la confiscation de l'investissement de M. Pey est "*invalide*" et que l'État a le "*devoir d'indemniser*" (§667) [emphase ajouté],
- iii. Ce que les Demanderesses ont invoqué dans le Mémoire en resoumission du 27 juin 2014 :

*"§225. (...) comme l'a souligné le Tribunal arbitral<sup>154</sup>, l'invalidité des confiscations et le devoir d'indemnisation corrélatif ont été clairement admis par la Défenderesse dans le cadre de la procédure arbitrale"<sup>278</sup>,*

dans la Réplique du 9 janvier 2015 :

*"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*

<sup>275</sup> Voir le §4 *supra* et le §697 *infra*

<sup>276</sup> §§593 *in fine* et 603 *in fine* de la Sentence initiale, **Pièce C2**

<sup>277</sup> **Pièce C9**, Sentence en resoumission, §198 -celui-ci étant "*the core paragraph*" de la Sentence, soutient l'État du Chili le 9 juin 2017 dans le §6 de *Chile Observations on Rectification (pièce C263)*

<sup>278</sup> **Pièce C8**, Mémoire en resoumission des Demanderesses du 27 juin 2014, voir également le §102 et les nbp nos. 60 et 61

droits des personnes assujetties à des confiscations nulles ab initio conformément à la Constitution<sup>279</sup>, la Défenderesse tente encore une fois de mettre en question ses obligations ex API",

et lors de **l'audience du 13 avril 2015**<sup>280</sup> :

"Le Tribunal [initial] poursuit avec le paragraphe 667 [de la Sentence initiale], 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 17 période turbulente de notre histoire, bien au contraire. Nous avons réparé sur le plan 18 matériel, nous avons essayé aussi de réparer sur le plan moral, les préjugés soufferts 19 par des personnes pendant cette période ".

"Le Tribunal arbitral cite également l'extrait du mémoire en défense du Chili, du 20 juillet 1999, dans lequel le Chili indiquait, je cite à nouveau :

"Les gouvernements démocratiques qui remplacèrent en 1990 au moyen d'élections libres le gouvernement de Pinochet, se sont primordialement préoccupés de réparer les dommages causés par le régime instauré au Chili par le coup d'État du 11 septembre 1973. En effet, le gouvernement a pris les mesures pour réparer les dommages causés aux victimes dans tous les secteurs. Concrètement, en relation avec les confiscations, a été approuvée une loi qui dispose de la restitution ou indemnisation pour les biens confisqués, loi prise à l'initiative de l'Exécutif".

- iv. "Que les nouvelles autorités ont proclamé publiquement [depuis 1990] leur intention de rétablir la légalité et de réparer les dommages causés par le régime militaire" (§668) ;
- v. "Que ces déclarations ne se sont pas traduites dans les faits" à l'égard des Demanderesses (§669).

Ce que la Sentence initiale a réitéré également au §677, qui renvoie au §617 et à l'audience du 6 mai 2003 :

"On observera enfin, toujours sur le fond, que la réalité des violations alléguées - ou, plus précisément, en son principe, **l'illégalité des confiscations** opérées par l'autorité militaire chilienne sur les biens litigieux, n'est pas contestée par la défenderesse.<sup>623</sup><sup>281</sup> Pas plus que cette dernière ne conteste l'obligation d'indemniser les victimes de confiscations contraires au droit. Ce qu'elle conteste en revanche, ainsi qu'on l'a vu, c'est la qualité pour agir des demanderesses, découlant de leur qualité de propriétaire ou d'investisseur" ;

- vi. Que "l'absence de réponse de la Présidence aux requêtes de M. Pey Casado, [est constitutive]

<sup>279</sup> **Pièce C40**, Réplique des Demanderesses du 9 janvier 2015 : nbp n° [329 Comme noté par le Tribunal initial dans sa Sentence du 8 mai 2008, ¶ 668-669 : "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".]

<sup>280</sup> **Pièce C43**, page 43

<sup>281</sup> [623. V., par exemple, la transcription de l'audience du 6 mai 2003, pp. 262-263 (Me Castillo), cité ci-dessus [§617]]

*d'un déni de justice*" (Sentence, §§ 658, 659, 674).

322. En conséquence les points 1 à 3 du Dispositif de la Sentence initiale ont conclu, en appliquant les articles 1<sup>282</sup>, 2(2)<sup>283</sup>, 4<sup>284</sup> et 10(4)<sup>285</sup> de l'API aux faits portés à sa connaissance à partir de mai 2000 et de la Demande complémentaire du 4 novembre 2002,
- a) qu'un jugement interne a reconnu le 29 mai 1995 que les actions de CPP S.A. étaient la propriété des investisseurs espagnols,
  - b) que l'État du Chili a déclaré le 6 mai 2003 devant le Tribunal arbitral que les confiscations du régime de facto ne sont pas valables, et que l'État avait le devoir de compenser les propriétaires concernés,
  - c) que la discrimination dont ont été victimes les investisseurs demandeurs constitue une violation de la garantie de traitement "juste et équitable", en ce compris le déni de justice ;
  - d) que ce manquement au traitement juste et équitable leur donne droit à une compensation financière de la part de l'État du Chili ;
  - e) que la cause du dommage subi par les investisseurs espagnols pour manquement au traitement juste et équitable a consisté dans le rejet de leurs revendications d'être

---

<sup>282</sup> **Pièce C3f**, API. "Article 1. Définitions. Aux fins du présent Accord : 1. Par "investisseurs" s'entendront les personnes physiques ou ressortissants nationaux, selon le droit de la Partie correspondante, et les personnes morales (...) qui se trouveraient constituées ou, selon le cas, dûment organisées conformément au droit de cette Partie et qui auraient leur siège dans le territoire de cette dernière, nonobstant le fait qu'elles appartiennent à des personnes physiques ou juridiques étrangères. 2. Par "investissements" on désigne toute sorte d'avoirs, tels que biens et droits de toute nature, acquis en accord avec la législation du pays recevant l'investissement et en particulier, encore que non exclusivement, les suivants: Actions et autres formes de participation dans les sociétés. Crédits, valeurs et droits découlant de toute sorte d'apports réalisés dans le but de créer une valeur économique; y compris expressément tous les prêts consentis à cette fin, qu'ils aient ou non été capitalisés. Biens meubles et immeubles, ainsi que toute sorte de droits liés à ces derniers. Les droits de toute sorte relevant du domaine de la propriété intellectuelle, y compris expressément les patentes d'invention et marques commerciales, de même que les licences de fabrication et de 'savoir faire'"

<sup>283</sup> **Ibid.**, API. "Article 2. Soutien, admission. (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."

<sup>284</sup> **Ibid.**, API. "Article 4. Traitement. 1. Chaque Partie garantira dans son territoire, en accord avec sa législation nationale, un traitement juste et équitable aux investissements réalisés par des investisseurs de l'autre Partie, sous des conditions non moins favorables que pour ses investisseurs nationaux.

2. Ce traitement ne sera pas moins favorable que celui accordé par chaque Partie aux investissements réalisés dans son territoire par des investisseurs d'un pays tiers."

<sup>285</sup> **Ibid.**, API. Article 10. "(4) L'organe arbitral statuera sur la base des dispositions du présent Traité, du droit de la Partie contractante qui serait partie à la controverse -y compris les règles relatives aux conflits de lois- et des termes d'éventuels accords particuliers conclus en rapport avec l'investissement, de même que des principes du droit international en la matière."

compensés pour la totalité de leur investissement, ainsi qu'en une paralysie des actions judiciaires internes introduites à cette fin.

323. À l'opposé diamétral, le rejet par l'État du Chili de ce qui est *res iudicata* a été réitéré lors de l'audience du 16 avril 2015 devant le Tribunal de resoumission. Selon l'État Défendeur, les conclusions de la Sentence initiale (et celles de la Décision du Comité *ad hoc* qui les avait confirmées),

- a) Elles seraient des "bizarre things", "*the award really doesn't make sense in certain ways. There are contradictions and lacunae, anomalies that cannot be reconciled. The most you can aspire to do is to understand why it does not make sense*";
- b) Elles seraient fausses, car l'investissement des Demanderesses n'aurait jamais existé, celles-ci ne seraient pas les propriétaires des actions de CPP S.A. :

*Mr Pey had played merely a role as an intermediary [dans l'achat des actions de CPP S.A.] (...) there's no way to interpret these documents [les "protocoles de Estoril"<sup>286</sup>] as a sale agreement; they make sense if the person is a conduit, intermediary in the sale;*

- c) bien que la Sentence initiale ait qualifié la Décision n° 43 comme une des "*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)*"<sup>287</sup>, le Chili dans son *Rejoinder* du 9 mars 2015<sup>288</sup> fait dire le contraire à la Sentence initiale :

154 (...) *Claimants made similar arguments throughout the Original Arbitration (...) claiming that by means of the Decision 43 process, Chile was attempting in bad faith to derail or frustrate the ICSID proceeding, and that therefore Decision 43 amounted to a "refus du 'droit d'accès à l'arbitrage international.'"*<sup>397</sup> *None of this is true, as confirmed by the Original Tribunal, which summarily rejected these various "conspiracy theories" in both the Provisional Measures Decision<sup>398</sup><sup>289</sup> and in the Award<sup>399</sup><sup>290</sup>;*

- d) et martelant que la Sentence initiale devrait être laissée sans effet matériel sur la base de fabulations telles que les suivantes:

*-the award [is] unfair to Chile;*

*-when the new tribunal is constituted, with Mr Gaillard and Mr Chemloul as new members, they look at this mess: they are in year 10 of this arbitration, the longest running case in ICSID history, and there's no end in sight really. So they [the Tribunal] decide to figure out a solution to this problem which involves giving some compensation perhaps to these people who had been litigating in ICSID for ten years, and yet an amount not so high that it*

<sup>286</sup> **Pièce C2**, Sentence initiale, §§65, 128-130, 133, 136, 154, 156, 158, 168, 169, 182, 185, 186, 190, 204, 220, 222, 223

<sup>287</sup> **Ibid.**, page 103, note 270

<sup>288</sup> **Pièce C262**, *Rejoinder* de l'État du Chili, du 9 mars 2015, dans la procédure de resoumission des différends nés en mai 2000 et en novembre 2002

<sup>289</sup> La Décision du Tribunal initial du 25 septembre 2001 sur la Demande de mesures conservatoires à l'encontre de la Décision n° 43 figure dans la **pièce C30**

<sup>290</sup> [399 Award, ¶ 664] Ce paragraphe 664 de la Sentence initiale fait référence "*aux comportements procéduraux chiliens dont se plaignent les demanderesses.*"

wouldn't be easy for Chile to simply absorb and pay out, and that that would be the end of the dispute;

-in 2008 they [the Tribunal] ultimately issued their award. What was the finding? The finding was, "Oh, you committed a violation of the treaty by implementing Decision 43". And you can imagine the surprise of our clients from Chile when they said, "You mean Decision 43, the same one that the tribunal said was not problematic in its provisional measures decision in 2001? What's different now? What's changed?" They [the Tribunal] knew exactly what the impact of that was going to be, and absolutely nothing had changed, and yet here we were characterising Chile as having violated the treaty;

- the investment had been extinguished 20 years before the BIT's entry into force;

- they [the Tribunal] just decided not to deal with it, in order to reach what we think was the conclusion that was preordained. (...) there were any number of issues like this in which they essentially had to find their way clear to some sort of way to deal with a problem that really, strictly speaking, they should not have been able to overcome.

-There were a number of other bizarre things, and we won't belabour them because, as we say, these are things that you, the Tribunal, are stuck with as we were. But I encourage you to look at paragraph 108 of the award, just for entertainment value really, as an example of the type of "through the looking-glass" issues that we had to deal with;

- But they [les arbitres] drew this distinction in the award between the *ratione temporis* jurisdiction of the tribunal and the substantive temporal scope of the investment treaty's obligations. We just kind of wondered what that was. And ultimately what it was is: if the Tribunal had concluded that it lacked *ratione temporis* jurisdiction, period, because of these issues, it would have been unable to find a post-BIT violation; and this distinction with the substantive scope enabled it to throw out the expropriation claims, and yet still purport to find a post-BIT violation, which is what we think they were really attempting to do.<sup>291</sup>

324. Pour l'État du Chili la conséquence pratique des points 1 à 3 du Dispositif de la SI, de leur fondement dans les §§600, 667 à 674 et du contexte de ce dernier paragraphe, est la suivante :

- a) l'investissement n'aurait pas existé, le Tribunal arbitral initial n'aurait pas eu de juridiction ni de compétence CIRDI après l'entrée en vigueur de l'API le 29 mars 1994 (contrairement à ce qu'affirment le p. 1 du Dispositif de la Sentence initiale et l'art. 2(2) de l'API<sup>292</sup>) ;
- b) Il s'ensuit qu'en exécutant les pp. 1 à 3 du Dispositif de la Sentence initiale le Tribunal devant déterminer le *quantum* de l'indemnisation n'avait pas compétence sur les différends survenus depuis la "Décision 43" du 28 avril 2000 ni, en particulier, sur les faits constitutifs de déni de justice survenus dans la procédure auprès du 1<sup>er</sup> Tribunal civil de Santiago porté à la connaissance du Tribunal initial dans la Demande complémentaire du 4 novembre 2002<sup>293</sup>, ni, en conséquence, sur la suite de ce déni de justice avant ou après la date du 8 mai 2008 ;

<sup>291</sup> **Pièce C260**, Transcription de la déclaration de l'État du Chili le 16 avril 2015 devant le Tribunal de resoumission, audience du 16 avril 2015, page 68 (lignes 4-9) ; page 71 (lignes 6-7, 17-18) ; page 82 (lignes 1-2, 11-21) ; page 84 (lignes 1-11) ; page 85 (lignes 18-19) ; page 87 (lignes 13-20) ; page 89 (lignes 24-25) ; page 90 (lignes 1-5, 8-19), respectivement,

<sup>292</sup> Article 2(2) de l'API, cité dans la note n° 286 *supra*

<sup>293</sup> **Pièce C249f**

- c) par conséquent, le Tribunal devant exécuter les pp. 1 à 3 du Dispositif de la Sentence initiale n'aurait pas de compétence pour connaître de l'existence des dommages à compenser dont le lien de causalité serait les faits postérieurs à 2000 et au 8 mai 2008 constitutifs de la violation continue de l'article 4 de l'API, en particulier dans la procédure interne qui, dans le développement de la procédure initiée le 4 octobre 1995, devait déterminer *ex officio* le statut légal du Décret n° 165 et qui par le Jugement du 24 juillet 2008 en a finalement constaté la "nullité de droit public",
- d) et ce Tribunal de resoumission ne devrait pas accepter les preuves que les Demanderesses ont apportées à l'appui d'une compensation de dommages ayant un lien de causalité avec ces faits postérieurs à 2000, en particulier que ces preuves avaient pris acte du constat de la nullité *ab initio*, imprescriptible, du Décret n° 165 dans ledit Jugement du 1<sup>er</sup> Tribunal civil de Santiago.
325. Les conséquences pratiques de cette prétention du Chili se trouvent dans la Sentence en resoumission, qui - devant l'impossibilité de nier sa compétence pour prendre connaissance des conséquences du Jugement interne du 24 juillet 2008 sur le déni de justice commis dans le traitement de la procédure devant le 1<sup>er</sup> Tribunal civil de Santiago, *res iudicata*- a eu besoin de nier sa compétence sur tous les différends nés après le 3 novembre 1997.
326. Cette négation de sa compétence post 1997 - constitutive d'un excès de pouvoir manifeste, absolument contraire aux points 1, 2 et 3 du Dispositif de la Sentence initiale - a donc été le moyen nécessaire pour "justifier" l'inadmission de toutes les preuves produites par les Demanderesses de ce dont le Tribunal de resoumission avait pour mission de définir la compensation, spécifiquement des dommages causés par la discrimination et le déni de justice tels qu'établis dans les Chapitres I à VII de la Sentence initiale, à savoir ceux causés par la Décision n° 43 du 28 avril 2000 et, en particulier, par la rétention du Jugement interne qui devait [impérativement] constater la "nullité de droit public" du Décret n° 165 [en vertu de l'obligation d'appliquer les articles n° 7 de la Constitution de 1980 et n° 4 de celle de 1925].
327. Après cela, c'est-à-dire après avoir disjoint la preuve de la violation de l'article 4 de l'API produite par les Demanderesses - là où la Sentence initiale situe le droit à indemnisation découlant des actes de discrimination et de déni de justice depuis 2000<sup>294</sup> - la Sentence en resoumission a inséré la preuve des Demanderesses là où celles-ci ne l'avaient pas située - dans l'article 5 de l'API (expropriation).
328. De la sorte, après avoir dissimulé son infraction absolue à la *res iudicata* sous l'euphémisme de *difficultés à le comprendre*, et avoir modifié la *causa petendi* et l'objet de la Demande de resoumission, la Sentence en resoumission parvient à ses conclusions:

§244. "(...) *Malgré les difficultés qu'il a éprouvées à comprendre certaines parties de la Sentence Initiale, le Tribunal ne pouvait clairement pas permettre que la demande initiale [du 3 novembre 1997] fondée sur la confiscation soit de nouveau soumise [le 18 juin 2013] de manière détournée sous couvert d'une violation du traitement juste et équitable subie plusieurs années plus tard [à partir de l'année 2000] (...) Le Tribunal n'aurait pas pu non*

<sup>294</sup> Voir les §§633-636, 639, 641-663,674, et les paras. 1 à 3 du Dispositif de la Sentence initiale, **pièce C2**

*plus octroyer des dommages-intérêts pour préjudice moral à titre de consolation alors qu'aucun dommage réel n'avait été prouvé. (...) Il n'a donc pas eu d'autre choix que de rejeter, pratiquement dans leur intégralité, les demandes pécuniaires des Demanderesses",*

et statue dans le Dispositif :

*"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."*

329. Il apparaît ainsi qu'avec la question qu'il a posée lors de la clôture des audiences, le Tribunal de resoumission préparait la voie à la dénaturation des rapports cause-effet dans les points 1 à 3 du Dispositif de la Sentence initiale et leurs fondements, dont les conséquences figurent dans la Sentence du 13 septembre 2016 :

a) Sous la forme de rejet, par manque de compétence supposée, de toutes les preuves relatives à l'évaluation exacte des dommages causés par la discrimination et le déni de justice commis depuis 2000 et sanctionnés par la Sentence initiale :

*"H. L'interprétation de la Sentence Initiale (...) le champ de compétence de ce Tribunal (...) est limité (...) exclusivement au "différend "(...) initialement soumis à l'arbitrage, différend pour lequel la date critique était la requête d'arbitrage initiale des Demanderesses [le 6 novembre 1997]. Les questions qui ont surgi entre les Parties après cette date (...) ne peuvent pas, même avec un gros effort d'imagination, entrer dans le champ de la procédure de nouvel examen (...)"<sup>295</sup> ,*

b) De rejet, en conséquence, de l'existence du lien de causalité entre le p. 1 et le p. 2 du Dispositif de la Sentence initiale, considérant que le Tribunal arbitral initial n'aurait pas établi que des violations à l'article 4 de l'API avec des conséquences dommageables ont eu effectivement lieu après 2000 -contrairement à ce qu'affirment les pp. 1 et 2 du Dispositif de la SI,

c) De rejet du fait que le lien de causalité -sur la base duquel la Sentence initiale déclare l'existence des dommages- est constitué par l'articulation entre les points 1, 2 et 3 du Dispositif et leurs fondements (droit à indemnisation) - et, en conséquence,

d) De rejet des preuves relatives à la réalité du statut légal du Décret n° 165, tel que constaté par le Jugement interne du 24 juillet 2008, produit à l'appui du fait que la compensation établie au para. 3 du Dispositif oblige l'État du Chili à compenser financièrement les dommages causés par l'infraction à l'article 4 de l'API de la manière explicitement envisagée, et acceptée, par le Comité *ad hoc* :

*"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*

<sup>295</sup> **Pièce C9f**, Sentence en resoumission du 13 septembre 2016, pièce DI-06, §216 ; dans le même sens le §150

*titre de la confiscation 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*<sup>296</sup>,

- e) ce qui a abouti dans la Sentence en resoumission à priver d'effet pratique les pp. 1 à 3 du Dispositif de la Sentence initiale et à exclure, *ipso facto*, la preuve produite de l'existence de dommages et l'octroi de toute compensation financière aux investisseurs Demandeurs.

330. Dans la suite de ces conclusions pratiques privant d'effet utile la SI, *res iudicata*, dix-sept (17) mois après ces audiences la Sentence en resoumission a fait droit aux vœux de l'État Défendeur selon lesquels seulement devrait avoir une application effective le point n° 8 du Dispositif de la SI - en le transfigurant pour adapter, bien sûr, son objet et sa finalité aux souhaits de l'État Défendeur :

*in the end we think that what is appropriate for this Tribunal to grant is an award with a dispositive that incorporates the binding conclusions of the award on jurisdiction and merits that acknowledges the binding conclusion set forth in paragraph 8 of the first award's dispositif, pursuant to which the first tribunal rejected "any other or broader conclusion (...) it should conclude that the Claimants failed to carry their burden of proof of proving damages (...) accordingly should deny all relief to Claimants.*<sup>297</sup>

331. Or ces conclusions de la Sentence en resoumission contredisent et renversent le sens et la portée des points 1 à 3 et leurs fondements *res iudicata* de la Sentence initiale, les rendant inefficaces, et constituent une injustice et un excès manifeste de pouvoir de même qu'une inobservation grave d'une règle fondamentale de procédure (biais) et un défaut de motifs.

\*

#### 2.3.2.4 4<sup>ème</sup> question *res iudicata* rouverte : la "Décision 43" du 28 avril 2000

332. Lors de l'audience du 15 avril 2015 le Tribunal de resoumission a posé cette question :

*"whether it would have been open to some other claimant shareholder, some other person claiming to be a shareholder in the two companies, to have brought a similar claim under the compensation law of Chile. And assuming there was no problem about their locus standi, or no problem about prescription, about the power of time, would any other person have been in a position to bring an application -- and to potentially obtain a decision -- under the compensation law, which would have been inconsistent with the terms of Decision No. 43?"*

333. Cette question est totalement contraire à ce qu'a décidé le Tribunal initial avec l'autorité de la chose jugée :

- a) D'un côté, parce que *"la Décision Ministérielle n° 43 (...) ne tranche pas (...) le même litige que celui que les Demanderesses ont voulu soumettre à la compétence du Tribunal Arbitral CIRDI, (...) [elle] n'a pas "tranché définitivement "et avec force de chose jugée, la question*

<sup>296</sup> Pièce C20, Décision du Comité *ad hoc* du 18 décembre 2012, §266

<sup>297</sup> Pièce C260, transcription en anglais de l'audience du 16 avril 2015, page 121, lignes 5-11, 19-20

*de la propriété des actions (...). En tout état de cause, compte tenu du "principe de la primauté des procédures internationales par rapport aux procédures internes "(...), cette décision ne saurait ni lier le Tribunal Arbitral, ni prévaloir sur la décision que ce dernier pourrait être amené à rendre, dans l'hypothèse où il se reconnaîtrait compétent pour ce faire"<sup>298</sup> ;*

- b) Ensuite parce que le Tribunal de resoumission a accepté ce que la Sentence initiale, avec l'autorité de la chose jugée, a refusé à l'État Défendeur dans les §§632 et 674<sup>299</sup>, à savoir que les points 1 à 3 du Dispositif de la Sentence initiale n'auraient pas à être appliqués compte tenu du fait que l'État se serait libéré de ses obligations de compensation pécuniaire en indemnisant les bénéficiaires de la "Décision 43", et que les Demanderesses auraient perdu tout droit à compensation du fait de ne pas l'avoir sollicité auprès du Ministère chargé de l'accorder sous la loi interne n° 19.568, de 1998<sup>300</sup>, au lieu de formuler une requête d'arbitrage international conformément à l'API :

**Sentence en resoumission :**

*"§139. La Défenderesse soutient en outre que les Demanderesses se sont porté préjudice à elles-mêmes, en refusant sciemment et volontairement de participer au programme de réparation mis en place par le Chili par le biais de la Loi n° 19.568 et en préférant exercer la clause d'option irrévocable ("fork-in-the-road ") du TBI Chili-Espagne et porter leurs demandes fondées sur l'expropriation devant une instance internationale, rendant ainsi impossible toute indemnisation par la Défenderesse au titre de la confiscation d'El Clarín sur le fondement du droit chilien".*

*§232 in fine et §233. "La Défenderesse soutient ... [que ] 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." [Soulignement ajouté]*

334. Or la Sentence initiale avait rejeté la prétention du Chili selon laquelle :

*"§599. (...) S'appuyant sur la décision du Tribunal du 25 septembre 2001, la défenderesse fait également valoir que la Décision n°43 ne peut quant à elle être considérée comme un acte illicite ; elle n'est qu'une conséquence d'une expropriation qui s'est achevée bien avant l'entrée en vigueur de l'API" (citations omisses),*

<sup>298</sup> **Pièce C30f**, Décision du Tribunal arbitral du 25 septembre 2001 sur la demande de mesures provisoires à l'égard de la Décision n° 43, du 28 avril 2000

<sup>299</sup> **Pièce C2, §632**: "Le 28 avril 2000, le Ministre des biens nationaux adopte la Décision n°43 selon laquelle les dispositions de la loi n°19.568 sont applicables aux biens confisqués aux sociétés CPP S.A. et EPC Ltda. Cependant, comme le Tribunal l'a expliqué ci-dessus, la Décision n°43 indemnise des requérants autres que les demanderesses pour la confiscation des biens en question et le Ministre des biens nationaux maintiendra cette décision que les demanderesses contesteront en vain" ; **§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 demanderesses de façon juste et équitable."

<sup>300</sup> **Pièce C193** (ND20)

et avait décidé, bien au contraire :

*"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"<sup>301</sup> ;*

*"§652. (...) la Décision n°43 doit s'analyser en une application discriminatoire d'une loi postérieure à l'API et des droits que celle-ci a créés."*

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

335. La Décision du Comité *ad hoc* a confirmé cette conclusion de la SI, après avoir rejeté de manière catégorique dans ses §§23(30), 232-233 cette même prétention de l'État Défendeur que la Sentence en resoumission a acceptée par un excès de pouvoir et manque d'impartialité manifestes.
336. Cette question rouverte par le Tribunal de resoumission avait également été rejetée par le Tribunal initial sur la base de la loi interne n° 19.568 elle-même, qui rend la prétention du Chili insoutenable sur la base des raisons suivantes :
- I. l'article 1<sup>er</sup> de la loi 19.568 affirme clairement qu'elle ne déroge pas au droit de demander la compensation auprès des tribunaux, conformément à la Constitution et au Code civil, ce que les investisseurs avaient fait dès 1995 auprès du 1<sup>er</sup> Tribunal de Santiago:
 

*"Pourront se prévaloir de cette procédure ceux qui ont un procès en cours à l'encontre du Fisc, introduit antérieurement à l'entrée en vigueur de la présente loi dans le cadre duquel ils réclament la restitution ou l'indemnisation des biens indiqués au premier alinéa. Dans ce cas, ils devront renoncer préalablement aux actions introduites devant le tribunal respectif et joindre à leur demande une copie autorisée de la décision judiciaire qui mette fin au litige" ;*
  - II. la Sentence initiale a constaté que l'État défendeur avait connaissance des réclamations continues d'indemnisation de la part des investisseurs et l'a condamné à indemniser les Demanderesses pour avoir adopté la "Décision 43" (§674 et paras. 2 et 3 du Dispositif de la Sentence de 2008).
337. Ce qui précède a été expressément confirmée dans la Décision du Comité *ad hoc*, qui l'a déclaré *res iudicata* :

---

<sup>301</sup> Pièce C2, Sentence initiale, page 103, note 270

"§233 : " *Les Demanderesses, dans la longue citation extraite de leur Contre-mémoire et reproduite ci-dessus, ont démontré, d'une manière tout-à-fait convaincante pour le Comité, que le Tribunal a amplement motivé sa conclusion selon laquelle la Décision n° 43 du Chili était discriminatoire à l'encontre des Demanderesses et violait donc l'article 4 de l'API. La demande en annulation présentée par la Défenderesse sur le fondement de ce motif est donc rejetée*".<sup>302</sup>

338. Or la Sentence en resoumission a accepté sans la moindre réserve (§§151-157) que l'État du Chili rouvre le débat sur des telles prétentions par le biais apparent :

a) d'ignorer la reconnaissance par l'État du Chili devant le Tribunal initial quant à "*l'invalidité des confiscations et au devoir d'indemnisation*"<sup>303</sup> - *res iudicata*- et

b) d'attribuer aux Demanderesses deux conclusions imaginaires :

*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 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.* [Soulignement ajouté]

339. La preuve de l'inexistence de ces deux "conclusions" figure dans le dossier arbitral soumis au Tribunal de resoumission :

1. quant à la prétendue "première conclusion", comme on l'a vu *supra* (page 157) et on verra *infra* (page 194), les Demanderesses ont expressément soutenu que **le Tribunal initial ne s'est pas "trompé"** :

2. Quant à la prétendue "deuxième conclusion", nulle part dans la procédure de resoumission les Demanderesses n'ont dit que la "Décision 43" constituait une "*confiscation*", cette possibilité ayant été expressément écartée dans la Sentence initiale (§622).

340. En accueillant de la sorte les prétentions de l'État contraires à la *res iudicata*, et en dénaturant les prétentions des Demanderesses, la Sentence de resoumission s'élève contre l'autorité de la chose jugée de la Sentence initiale.

341. Ce refus de reconnaître la *res iudicata* était également confirmé par l'État du Chili le 15 avril 2016 devant le Tribunal de resoumission<sup>304</sup> lorsqu'il mettait contextuellement en

<sup>302</sup> **Pièce C20**, Décision du Comité *ad hoc* du 18 décembre 2012

<sup>303</sup> **Pièce C2**, Sentence initiale, §667, *res iudicata*: "*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, [nbp n°] 617. V., par exemple, la transcription de l'audience du 6 mai 2003, pp. 262-263 (Me Castillo) : "La République du Chili ne prétend pas justifier ce qui s'est produit pendant cette période turbulente de notre histoire, bien au contraire. Nous avons réparé sur le plan matériel, nous avons essayé aussi de réparer sur le plan moral, les préjugés soufferts par des personnes pendant cette période" ainsi qu'à la page 264 : "Il ne s'agit pas non plus de justifier la légitimité des actes qui ont découlé de la confiscation de bien de CPP S.A. et Clarin Ltée. Bien au contraire, la République du Chili est constante [sic ; devrait dire "consciente"] des dommages causés par ces confiscations et c'est pour cela qu'elle a indemnisé ces titulaires légitimes.*"

question d'autres points déjà tranchés. Cependant la Sentence de 2016 assume cette prétention lorsqu'elle attribue à la Décision n° 43 des effets sur la qualité de propriétaire de l'investissement qui ont explicitement été rejetés par la Sentence initiale.

342. En effet, alors que cette dernière avait déterminé, *res iudicata*, que la propriété de la totalité des actions de CPP S.A. a été établie dans la décision ferme des juridictions internes du 29 mai 1995, la Sentence de resoumission s'est élevée contre cette conclusion en lui opposant la "Décision 43" du 28 avril 2000 du Ministère des Biens Nationaux :

<u>Sentence initiale</u>	<u>Sentence en resoumission</u>
<p>§229. "Le Tribunal conclut que, au moment où a été effectuée la saisie du journal <i>El Clarín</i>, M. Pey Casado devait être considéré comme le seul propriétaire légitime des actions de la société CPP S.A." ;</p> <p>17 : "M. Pey Casado a bien démontré avoir procédé à des investissements et être propriétaire des biens meubles ou immeubles qui ont été confisqués par l'autorité militaire chilienne" ;</p> <p>§§666 (et 77, 210, 214, 215, 444, 719) : "On rappellera à ce propos l'existence d'un jugement chilien [du 29 mai 1995] reconnaissant la propriété de M. Pey Casado sur les actions confisquées ..."</p>	<p>§198 (version originale)<sup>305</sup> : "Le Tribunal terminera avec une dernière observation avant de passer à un autre sujet: si la <u>prétendue nullité de la Décision n° 43</u> 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 <u>le recours à ce titre pourrait relever de la sphère domestique</u>, mais clairement pas du présent Tribunal dans le cadre de la présente procédure de nouvel examen."</p> <p>[Soulignement ajouté]</p>

343. La Sentence en resoumission s'élève encore contre la partie *res iudicata* de la Sentence initiale lorsqu'elle qualifie de "prétendue" [par les Demanderesses] la nullité de la Décision n° 43, et écarte de sa compétence ce sujet soumis à l'arbitrage depuis 2000. Ceci dénote un porte-à-faux majeur car la Sentence initiale a affirmé clairement la compétence du Tribunal pour connaître de et sanctionner le Chili à cause, précisément, de la "Décision 43" (§674), et elle a pris soin de préciser ce qui a déjà été cité plus haut (§334):

*"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"* (page 103, note 270).<sup>306</sup>

<sup>304</sup> Pièce C200, transcript, 15 :52, page 72, ligne 6

<sup>305</sup> La Décision du Tribunal arbitral du 6 octobre 2017, pièce C201, a accordé, à la demande des Demanderesses, remplacer dans ce paragraphe la "Décision 43" par "le Décret N° 165"

<sup>306</sup> Pièce C2

344. En effet, il doit tout d'abord être rappelé que le Tribunal initial et la Sentence initiale ont pris en considération

- i. Que les différends entre les investisseurs espagnols et la République du Chili soumis à l'arbitrage sous les règles du CIRDI en mai 2000<sup>307</sup> et le 4 novembre 2002<sup>308</sup> -pour violation de l'article 4 (manquement au TJE, en ce compris le déni de justice) - étaient centrés sur la question de la compensation pécuniaire due aux Demandereses pour violation des obligations établies dans l'API, et que la conclusion, *res iudicata*, de la Sentence initiale a été :

*"Que la République du Chili a manifestement commis un déni de justice et refusé de traiter les demanderesses de façon juste et équitable avec la Décision 43 du 28 avril 2000 et son application" postérieure (§§674 et 675) ;*

- ii. Que la loi n° 19.568 de 1998 a confirmé l'inconstitutionnalité des décrets confiscatoires édictés en application du Décret-loi n°77 de 1973 (dont le Décret n° 165 de 1975, visant l'investissement de M. Pey Casado dans CPP S.A.), et a reconnu le droit d'agir et le droit à la restitution de leurs biens pour toutes **les personnes morales** prétendument dissoutes en application de ce Décret-loi 77 de 1973 et propriétaires des biens concernés :

*"Article 1<sup>er</sup>. Les personnes morales qui auraient été privées de la pleine propriété de leurs biens par application des décrets-lois Nos. 12, 77...de 1973[...] auront droit de solliciter leur restitution ...Auront les mêmes droits leurs successeurs ou réputés tels.<sup>309</sup>" (soulignement ajouté).*

- iii. Que la Sentence initiale a tenu compte de la loi n° 19.568 (§§79, 595, 596, 613, 614, 621, 631, 632).
- iv. Que cette loi n° 19.568 dans son article 1<sup>er</sup> *in fine* laissait à la seule discrétion de l'investisseur (personne morale ou physique) le choix d'exercer son droit à la restitution-indemnisation
  - soit auprès des Cours de Justice (qui en application directe et impérative de l'article 7 de la Constitution<sup>310</sup> sont tenues de constater la nullité *ab initio*, imprescriptible des Décrets confiscatoires de la Dictature),

<sup>307</sup> Pièce C2, Sentence arbitrale initiale, §§451,452, 453, 632

<sup>308</sup> Pièce C249f

<sup>309</sup> Pièce C193, Loi 19.568, de 1998: "*Artículo 1º.- Las personas naturales y las personas jurídicas, incluidos los partidos políticos, que hayan sido privados del dominio de sus bienes por aplicación de los decretos leyes N.ºs. 12, 77 y 133, de 1973; 1.697, de 1977, y 2.346, de 1978, tendrán derecho a solicitar su restitución o requerir el pago de una indemnización, en conformidad con las normas establecidas en esta ley. Igual derecho tendrán sus sucesores o quienes se reputen como tales*" (soulignement ajouté)

<sup>310</sup> Article 7 de la Constitution du Chili de 1980 : « 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 personas pueden atribuirse, ni aun a pretexto de circunstancias extraordinarias, otra autoridad o derechos que los

- soit auprès de l'Administration (qui applique la Loi 19.568 de 1998 dans le délai de forclusion établi dans celle-ci):

*"Pourront recourir à cette procédure [tous ceux] qui auraient un procès pendant à l'encontre de l'État, introduit antérieurement à l'entrée en vigueur de la présente loi, dans lequel ils réclameraient la restitution ou l'indemnisation des biens mentionnés dans la première section. Dans ce cas ils devront se désister préalablement des actions introduites devant le tribunal respectif, et joindre à leur demande une copie authentifiée de la décision judiciaire qui aurait mis fin au litige"* (soulignement ajouté).

- v. Que cette loi de 1998 reconnaisse que le droit à indemnisation peut être réclamé par l'une ou l'autre des deux voies suivantes :

- a) par des actions auprès des tribunaux compétents (cette voie a été suivie par les investisseurs espagnols en 1997 auprès du CIRDI en vertu du *fork on the road* de l'art. 10(2) de l'API<sup>311</sup>, constate la Sentence initiale aux §§79, 325, 458, 467-500, 595, 631);

- b) par la voie administrative, renonçant préalablement à la voie judiciaire, ce qu'en l'espèce cet article 10(2) de l'API interdit aux investisseurs espagnols dès le moment que l'option irrévocable pour l'arbitrage international est intervenu le 3 novembre 1997.

- vi. Que la Sentence initiale en a conclu que le droit à indemnisation reconnu par la loi de 1998 (§621), et les déclarations de l'État du Chili le 6 mai 2003 devant le Tribunal initial reconnaissant l'invalidité et l'illégalité de la confiscation des actions de CPP S.A. (§§667-669 ; 677), confirmaient le droit de réclamation d'une indemnisation pécuniaire que les Demandereses exerçaient devant le Tribunal arbitral conformément à l'API et à la Convention du CIRDI (Sentence, sections II à IV).

---

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

<sup>311</sup> **Pièce C3f**, Art. 10 de l'API Espagne-Chili: "*Conflicts 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 investisseur de l'autre Partie contractante sera, dans la mesure du possible, résolue par des discussions amiables entre les deux parties à la controverse. 2. Si la controverse n'a pas pu être résolue au terme de six mois à partir du moment où elle aura été soulevée par l'une ou l'autre des Parties, elle sera soumise, au choix de l'investisseur: Soit aux juridictions nationales de la Partie contractante impliquée dans la controverse; Soit à un arbitrage international dans les conditions décrites au paragraphe. Une fois que l'investisseur aura soumis la controverse aux juridictions de la Partie contractante impliquée ou à l'arbitrage international, le choix de l'une ou l'autre de ces procédures sera définitive. 3. En cas de recours à l'arbitrage international la controverse pourra être portée devant l'un des organes d'arbitrage désignés ci-après au choix de l'investisseur: Au Centre International pour le Règlement des Différends Relatifs aux Investissements (CIRDI) (...) 4. L'organe arbitral statuera sur la base des dispositions du présent Traité, du droit de la Partie contractante qui serait partie à la controverse -y compris les règles relatives aux conflits de lois- et des termes d'éventuels accords particuliers conclus en rapport avec l'investissement, de même que des principes du droit international en la matière. 5. Les sentences arbitrales seront définitives et contraignantes pour les parties à la controverse. 6. Les Parties contractantes s'abstiendront 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; hormis quant-au fait que les Parties à la controverse n'auraient pas exécuté la décision de la Cour arbitrale ou l'arrêt du Tribunal ordinaire, selon les modalités d'exécution établies dans la décision ou l'arrêt."*

345. Or l'État du Chili ayant refusé aux Demanderesses ce droit à indemnisation par une manœuvre consistant à attribuer la propriété de leur investissement dans CPP S.A. et EPC Ltée. :

*"à des personnages qui, de l'avis du Tribunal arbitral, n'étaient pas propriétaires des biens confisqués (...)* [la Décision n° 43, du 28 avril 2000]<sup>312</sup>,

la Sentence initiale a condamné l'État Défendeur :

*"la République du Chili a manifestement commis un déni de justice et refusé de traiter les demanderesses de façon juste et équitable"* (§674).

346. Il est donc clair que les points 1 à 3 du Dispositif de la Sentence initiale reconnaissent aussi bien a) le *fork on the road* irrévocable intervenu dans les différends soumis en 2000 et 2002 à l'arbitrage international, que b) le droit à indemnisation pécuniaire à cause de l'acte de discrimination que constitue la Décision n° 43, de même qu'à cause de la paralysie et/ou le rejet des réclamations formulées à partir de 1995 (Sentence, §674).

347. *"L'invalidité"* et *"l'illégalité des confiscations sur les biens litigieux"* que l'État du Chili a reconnues devant le TI<sup>313</sup>, la Décision n° 43, la discrimination et le déni de justice commis dans le traitement de l'affaire des presses GOSS par le 1<sup>er</sup> Tribunal civil de Santiago, sont donc les liens de causalité des dommages causés par la violation de l'article 4 de l'API sous la juridiction du CIRDI (para. 2 du Dispositif de la Sentence initiale) dont découle le droit à compensation (para. 3 du Dispositif).

348. Il s'en suit que la question posée par le Tribunal de resoumission le 15 avril 2015 apparaît objectivement comme une préparation logique de l'exaucement, *contra res iudicata*, des vœux continus de l'État du Chili -dès l'adoption de la "Décision 43" en 2002- comme l'atteste la Sentence initiale<sup>314</sup> - de fermer aux investisseurs-Demandeurs l'accès à l'arbitrage international et à une indemnisation.

349. En effet, la Sentence en resoumission se plie à l'État du Chili en indiquant aux Demanderesses que la voie qu'ils sont censé suivre pour revendiquer leurs droits relève *"de la sphère domestique..."* (§198), après leur avoir attribué des propos manifestement inexacts tels que d'avoir fait

*"valoir que (...)* 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 (§61),

ou

<sup>312</sup> Pièce C180, Décision n° 43, du 28 avril 2000, du Ministère des Biens Nationaux

<sup>313</sup> Pièce C2, Sentence initiale, §§667 et nbp n° 617

<sup>314</sup> Ibid., §§111, 377 et note de bas de page n° 271

qu'elles "*soutiennent que (...) le déni de justice résultant de l'absence de décision dans l'affaire de la rotative Goss (...) a été consommé par la Sentence Initiale du 8 mai 2008*" (§66).<sup>315</sup>

### 2.3.2.5 S'agit-il de simples erreurs matérielles dans la Sentence en resoumission ?

350. S'agissait-il là vraiment d'erreurs matérielles, comme les Demanderesses l'avaient pensé un moment lorsqu'ils ont soumis leur Demande de rectification du 25 octobre 2016 ? Certains faits survenus durant la procédure en rectification viennent confirmer cependant que plutôt que des erreurs il s'agit d'articulations - manifestement insoutenables - de la logique interne de la structure de la Sentence en vue d'en préparer la partie dispositive.
351. Le §220 de la Sentence en resoumission fournit l'aboutissement logique de la question que lors de la clôture des audiences de 2015 le Tribunal avait posée relative à la "Décision 43" et, également, du §198 dans sa version antérieure à la Décision du 7 novembre 2017 remplaçant la référence à la "nullité" de la "Décision 43" par la référence à la nullité du Décret n° 165.
352. En effet, le §220 commence par attribuer aux Demanderesses ce que celles-ci n'ont affirmé nulle part :

*"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" [soulignement ajouté];*

et sur la base de cette inexactitude flagrante, le §220 parvient à la conclusion visée :

*"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, étant donné que le système juridique chilien n'aurait pas été en mesure d'accepter le concept d'une deuxième compensation pour un préjudice ayant déjà donné lieu à indemnisation" [soulignement ajouté],*

cette dernière affirmation se fondant quant à elle sur une autre attribution inexacte aux Demanderesses dans le §84 de la Sentence en resoumission, à savoir que :

*"Les Demanderesses affirment en outre que, avec la Décision n° 43, la Défenderesse a satisfait son obligation au titre de la Loi n° 19.568, empêchant ainsi les Demanderesses d'être en mesure de demander une indemnisation, étant donné que la Défenderesse ne pouvait pas être forcée à indemniser deux fois au titre d'un même actif." [Soulignement ajouté]*

<sup>315</sup> Les propos inexacts attribués aux Demanderesses dans les §§61 et 66 de la SR ont été corrigés à la demande des Demanderesses dans la Décision en rectification du 6 octobre 2017, **pièce C201**

353. Or compte tenu que nulle part les Demanderesses n'ont affirmé qu'elles auraient été en mesure de solliciter une indemnisation sur la base de la loi n° 19.568 - elles ne pouvaient même pas songer à le faire à partir du 3 novembre 1997 en vertu de l'article 10(2) de l'API, *fork on the road*, un fait qui dans la Sentence initiale a l'autorité de la chose jugée<sup>316</sup> -ce §84 constitue la base "factuelle" (imaginaire) et le §220 la conclusion "légale" (*per se* arbitraire et contradictoire) de ce qui constitue la cause, l'objet et la finalité de la version non corrigé du §198, à savoir :

- a) La cause, la fausse attribution aux Demanderesses d'avoir soutenu "*que ce qui a constitué en fait (sinon dans la forme) la confiscation est intervenue avec la Décision n° 43*"<sup>317</sup>;
- b) L'objet, la fausse attribution aux Demanderesses de ce que "*si la prétendue nullité de la Décision n° 43 au regard du droit chilien avait effectivement une importance décisive, la conséquence en serait certainement que l'investissement est, en droit, resté la propriété de M. Pey Casado et/ou de la Fondation*"<sup>318</sup> ;
- c) La finalité poursuivie dans la Sentence en resoumission, que "*le recours à ce titre pourrait relever de la sphère domestique*"<sup>319</sup>,
- d) **ce qui constitue en soi un acte de déni de justice de la part du Tribunal de resoumission dans la SR**, car en vertu de l'article 10(2) de l'API le recours relève irrévocablement de la juridiction internationale,
- e) Ce déni de justice est un fondement *sine qua non* des points 2 à 8 du Dispositif de la SR, à savoir la prétendue incompétence du Tribunal de resoumission sur les questions qui ont surgi entre les parties depuis 2000 et 2002 et, en conséquence, l'absence de prise en considération des preuves soumises par les Demanderesses en vue de déterminer le montant des dommages qui leur ont été causés par les violations de l'article 4 de l'API postérieures à la date du 3 novembre 1997;
- f) un déni de justice dont l'État mesure pleinement la nature lorsqu'il a affirmé, pendant la procédure de rectification, que ce §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***"<sup>320</sup> (emphase dans l'original).

---

<sup>316</sup> **Pièce C2**, Sentence initiale, "79. Le 25 juin 1998, c'est-à-dire huit mois après le dépôt de la requête d'arbitrage dans la présente instance le 3 novembre 1997, est promulguée la loi n°19.568 relative à la restitution ou indemnisation pour biens confisqués et acquis par l'État. Les parties demanderesses vont cependant informer le Ministre des biens nationaux par lettre du 24 juin 1999 de leur décision de ne pas recourir à la loi n°19.568, du fait de la requête d'arbitrage introduite en 1997 et de la clause d'option irrévocable (*fork-in-the-road*) contenue dans l'API Espagne-Chili."

<sup>317</sup> **Pièce C9f**, Sentence de resoumission, §198

<sup>318</sup> **Ibid.**

<sup>319</sup> **Ibid.**

<sup>320</sup> **Pièce C263**, *Chile Observations on Rectification*, 9 June 2017, §6

354. Les inexactitudes manifestes qui figurent dans ces §§ 61, 66 et 198 de la SR -c'est-à-dire l'inversion complète de faits qui sont *res iudicata*- ont une cohérence interne :

- i) les situations/affirmations (imaginaires, inexistantes) que ces paragraphes décrivent seraient l'œuvre des Demanderesses ou de la Sentence initiale et, en conséquence, de leur seule responsabilité,
- ii) sur la base de cette manipulation l'État Défendeur soutenait que les Demanderesses

*"initiated a Rectification Proceeding with the goal of challenging Messrs. Berman and Veeder"*<sup>321</sup>, ou *"the abusive nature of Claimants' Request for Rectification"*, *"Chile has been forced to address Claimants' charade of a request for rectification"*<sup>322</sup>;

355. Le point 2 du Dispositif de la Sentence en resoumission est la simple transposition de ce que l'État du Chili avait sollicité, contre la *res iudicata* et toute évidence, à savoir d'étendre l'objet et la finalité du §704 de la Sentence initiale -la réponse de celle-ci à la seule "*demande relative au dommage moral*" - sur toutes les autres demandes auxquelles la Sentence initiale a accordé une compensation pécuniaire (voir les paragraphes du Chapitre VIII relatifs aux "*modalités de calcul du montant des dommages-intérêts*" que le Comité *ad hoc* a affirmé explicitement ne pas avoir annulé<sup>323</sup>). Comme le montre la version originale du Dispositif de la Sentence en resoumission dans le tableau suivant (soulignements ajoutés) :

---

<sup>321</sup> Réponse de l'État du Chili au Comité *ad hoc* le 20 mars 2018, page 3, une imputation réitérée dans les communications au Comité le 19 janvier 2018, page 3, ou devant le Tribunal de resoumission le 9 juin 2017 (Réponse à la demande de rectification d'erreurs, §§ 1 : "*a procedurally improper requests*" (**pièce C263**))

<sup>322</sup> **Pièce C263**, *Chile Observations on Rectification*, 9 June 2017, §§20, 23

<sup>323</sup> **Pièce C20**, Décision du Comité *ad hoc* du 18 décembre 2012, §271

<u>Proposition du Chili (Counter-Memorial du 27-10-2014)</u>	<u>Sentence en resoumission</u> (Dispositif, para. n° 2)
<p><b>"4. The Original Tribunal Did Not Order Any Additional Payment For the Denial of Justice"</b><sup>324</sup></p> <p>§132(...) Although the Award declined Claimants any monetary relief for the denial of justice relating to the delay in the Goss Machine Case, it did grant satisfaction to Claimants: "<sup>325</sup>[L]e prononcé de la présente sentence, notamment par sa reconnaissance des droits des demanderessees et du déni de justice dont elles furent victimes, constitue en soi une <u>satisfaction</u> morale substantielle et suffisante."<sup>288</sup><sup>326</sup></p>	<p>" Que, comme cela a déjà été indiqué par le Tribunal Initial, sa reconnaissance formelle des droits des Demanderesses et du déni de justice dont elles ont été victimes constitue en soi une forme de <u>satisfaction</u> au regard du droit international au titre de la violation par la Défenderesse de l'article 4 du TBI."<sup>387</sup></p> <p>387 Pièce R-27, Sentence Initiale, 8 mai 2008, para. 704 "... le Tribunal arbitral estime que le prononcé de la présente sentence, notamment par sa reconnaissance des droits des demanderessees et du déni de justice dont elles furent victimes, constitue en soi une satisfaction morale substantielle et suffisante ".</p>

356. La Décision du 6 octobre 2017, après avoir accepté la totalité des rectifications sollicitées par les Demanderesses, a imposé à celles-ci la totalité des frais de la procédure de rectification.

357. Dans ses §§220 et 221 la Sentence en resoumission attribuée aux Demanderesses un argumentaire que celles-ci n'ont pas produit, à savoir :

§220 : "*Que 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). Si les Demanderesses avaient été en mesure de le faire, poursuivent-elles, elles auraient pu convaincre le Tribunal Initial que la confiscation n'était pas en réalité un fait consommé dans les années 1970, et le Tribunal Initial aurait en conséquence décidé qu'il y avait une confiscation continue s'étendant au-delà de l'entrée en vigueur du TBI, au titre de laquelle les Demanderesses auraient effectivement eu droit à compensation en vertu du TBI.* [Soulignement ajouté]

358. Ceci démontre au mieux une incompréhension du Tribunal en resoumission. Nulle part les Demanderesses n'ont affirmé avoir deviné ce que le Tribunal initial aurait fait "si... ", ni ce que "le système juridique chilien n'aurait pas été en mesure d'accepter ..." quoi que ce soit. L'argumentaire de M. Pey et la FPA est tout autre (soulignements ajoutés) :

<sup>324</sup> Pièce C44, Counter-Memorial, page 69

<sup>325</sup> Id., Counter-Memorial, §132

<sup>326</sup> "Award, §704"

*"On remarquera dans ce paragraphe [603 de la Sentence initiale<sup>327</sup>] la démarche suivie par le Tribunal arbitral : la validité du Décret n° 165 était déterminée par sa mise en cause, **ou non**, par une décision des juridictions internes portée à la connaissance du Tribunal arbitral. L'objet même du déni de justice pour l'État du Chili a consisté à maintenir le statut du Décret dans cette **indétermination**, en retenant la résolution des juridictions internes à cet égard jusqu'après ... le prononcé de la Sentence arbitrale.*

*Or, de ce fait, le cheminement du Tribunal arbitral initial, qui dépend de cette **option procédurale légitime**, est dépourvu de portée sur la démarche juridique du nouveau Tribunal [de resoumission] dès le moment que cette indétermination n'existe plus.*

*"S'agissant plus particulièrement du déni de justice, les Demanderesses soutiennent que les actes de l'État hôte les ont privées de la preuve devant déterminer si le Décret n° 165 était entaché de la nullité de droit public, ce qui a conduit le Tribunal arbitral à reconnaître –en l'absence d'une décision de la 1ère Chambre Civile de Santiago- un titre de propriété à l'État sur l'investissement dès 1975.*

*Ainsi, le préjudice des Demanderesses résultant du déni de justice découle de l'impossibilité d'obtenir l'indemnisation de ces saisies par le biais de l'API de la part d'un Tribunal **contraint de statuer à cet égard** -en conséquence directe du déni de justice- dans l'ignorance du statut du Décret n°165 dans le système juridique chilien."<sup>328</sup>*

\*\*\*

359. Les questions que le Tribunal de resoumission a posées pour la première fois aux parties la nuit avant la clôture des audiences d'avril 2015 rouvraient des questions que la Sentence initiale et le Comité *ad hoc* avaient rejetées lorsqu'elles avaient été soulevées par l'État Défendeur. Ces points avaient donc l'autorité de la chose jugée.
360. Les Demanderesses ont dû faire une réponse orale à des questions fondamentales, ce qui a limité leurs moyens de défense, alors que le Tribunal de resoumission ne leur avait indiqué à aucun moment -ni avant ni lors des audiences- la question que les Demanderesses ont eu la surprise de lire dans le §216 de la Sentence en resoumission - et qui renverse ce qu'a tranché la Sentence initiale en matière de compétence ayant l'autorité de la *res iudicata*- à savoir:

*§216 : "le champ de compétence de ce Tribunal (...) est limité (...) au 'différend' qui avait été initialement soumis à l'arbitrage, différend pour lequel la date critique était la requête d'arbitrage initiale des Demanderesses [le 3 novembre 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" (§216). (nous soulignons)*

<sup>327</sup> **Pièce C2**, Sentence initiale, §603 : "A la connaissance du Tribunal, la validité du Décret n°165 n'a pas été remise en cause par les juridictions internes et ce décret fait toujours partie de l'ordre juridique interne chilien".

<sup>328</sup> **Pièce C8**, Mémoire en resoumission du 27 juin 2014 des différends nés en 2000 et 2002, §§13, 14, 24 et 304 auxquels renvoient, sans les reproduire, le §220 et la nbp n° 96 de la Sentence en resoumission

361. La réouverture par le Tribunal de resoumission lors de la clôture des audiences de questions qui ont l'autorité de la chose jugée dans la Sentence initiale, de même que le fait de ne pas avoir informé les Demanderesses, avant la notification de la Sentence, qu'il excluait, *contra res iudicata* et toute logique, de sa compétence les questions surgies entre les parties postérieures au 3 novembre 1997 -et dont il avait précisément mission d'évaluer le montant de la compensation - constituent des marques criantes d'excès de pouvoir, de biais apparent et de défaut de motifs qui ont enfreint les lettres (b), (d) et (e) de l'article 52(1) de la Convention.
362. Les articles cités *supra* de la SR qui rouvrent des questions *res iudicata* de la SI, et/ou qu'enfreignent celle-ci, constituant les fondements des points 2 à 7 du Dispositif de la SR (§256), ceux-ci devraient être annulés.

\*\*\*

### **2.3.3 Le Tribunal de resoumission a manifestement excédé ses pouvoirs en se départant de l'autorité de la chose jugée de la Sentence initiale.**

363. Dans leur Requête du 18 juin 2013 soumettant les différends nés en 2000 et 2002 à l'examen d'un nouveau Tribunal, les Demanderesses avaient du reste mis en avant la portée de l'autorité de la chose jugée de la Sentence initiale, et attiré l'attention du Tribunal sur la nature limitée de sa mission :

*"En déclarant l'autorité de la chose jugée des paragraphes 1 à 3 et 5 à 8 du dispositif de la Sentence ainsi que du corps du texte de la Sentence à l'exception de la Section VIII, le Comité ad hoc a confirmé la violation par la République du Chili de son obligation de faire bénéficier les parties Demanderesses d'un traitement juste et équitable, en ce compris celle de s'abstenir de tout déni de justice. Le Comité a également confirmé la décision du Tribunal arbitral selon laquelle les parties Demanderesses ont droit à compensation"* (nous soulignons)<sup>329</sup>;

*"En conséquence, le nouveau tribunal arbitral qui sera constitué devra se prononcer non seulement sur le quantum de la réparation mais encore sur le standard de réparation qu'il conviendra d'appliquer afin de réparer le dommage subi par les parties Demanderesses"* (nous soulignons)<sup>330</sup> ;

*"A la lumière des développements précédents, le différend porté devant le nouveau tribunal arbitral concerne la détermination de la réparation des préjudices résultant des violations par la République du Chili de ses obligations internationales de traitement juste et équitable (en ce inclus le déni de justice) et de non-discrimination"* (nous soulignons)<sup>331</sup>.

364. De la même manière, les Demanderesses ont repris dans leur Mémoire en demande devant le Tribunal de resoumission les éléments de faits et de droit tranchés avec l'autorité de la chose jugée par la Sentence initiale, afin de faciliter l'appréhension par le Tribunal de l'étendue de sa compétence.

<sup>329</sup> **Pièce C83**, Requête en resoumission du 18 juin 2013, § 9

<sup>330</sup> **Ibid.**, Requête en resoumission du 18 juin 2013, § 59

<sup>331</sup> **Ibid.**, Requête en resoumission du 18 juin 2013, § 60

365. Les Demanderesses ont tout d'abord rappelé la nature du différend dont le Tribunal était saisi :

*"Le nouvel examen de cette affaire par un nouveau Tribunal arbitral a pour objet de déterminer le montant de la réparation due par la République du Chili aux Demanderesses en raison de la violation de l'article 4 de l'API relatif à l'obligation de traitement juste et équitable des investisseurs par l'État d'accueil"*<sup>332</sup>.

366. Puis elles ont rappelé l'effet de l'annulation partielle de la Sentence initiale :

*"Il en résulte que le présent Tribunal ne pourra se prononcer sur aucun des points non affectés par l'annulation partielle, en particulier sur la compétence du Tribunal pour connaître du litige opposant les Demanderesses à la République du Chili ni sur les violations par la République du Chili de ses obligations au titre de l'API constatées par le Tribunal initial. En outre, le présent Tribunal devra tenir compte de la décision du Tribunal arbitral initial selon laquelle les Demanderesses "ont droit à compensation"*<sup>333</sup>.

367. Elles ont enfin rappelé les faits pertinents et les décisions de la Sentence initiale ayant autorité de la chose jugée, et notamment (i) la compétence du Tribunal et (ii) les actes en violation de l'API Espagne-Chili à partir des années 2000 et 2002 retenus par la Sentence initiale.

368. Le rôle du Tribunal était donc le suivant : compte-tenu des violations de l'API Espagne-Chili par le Chili après la date du 3 novembre 1997, et du droit à compensation reconnu aux Demanderesses, bénéficiant de l'autorité de la chose jugée de la Sentence initiale, son rôle était de déterminer le montant de l'indemnité à accorder aux Demanderesses.

369. Ce rôle apparaissait d'ailleurs suffisamment clairement aux yeux des praticiens de l'arbitrage d'investissement pour que le Professeur Schreuer s'autorise à écrire, suite à la Décision du premier comité *ad hoc* dans la présente affaire Pey Casado, que :

*"In the resubmitted proceedings, initiated in June 2013, the Tribunal will be restricted to determining the amount of damages flowing from the first Tribunal's finding of liability which is res judicata"*<sup>334</sup>.

370. Or, le Tribunal est allé, à plusieurs reprises, à l'encontre de l'autorité de la chose jugée de la Sentence initiale, ce qui constitue un excès de pouvoir manifeste.

371. En raison tant du caractère flagrant de ces violations que de leur impact particulièrement grave sur la décision à laquelle est parvenu le Tribunal de resoumission, ce dernier a dès lors manifestement excédé ses pouvoirs au sens de l'article 52(1)(b), ce qui justifie l'annulation de la Sentence de resoumission.

372. Ainsi, le Tribunal de resoumission:

---

<sup>332</sup> **Pièce C8**, Mémoire en demande du 27 juin 2014, §55

<sup>333</sup> **Ibid.**, §59

<sup>334</sup> **Pièce CL326**, Schreuer (C.), "Victor Pey Casado and President Allende Foundation v Republic of Chile, Barely an Annulment", ICSID Review, 2014, No. 2, p. 327

- A indûment procédé à la réouverture de la question de la nature pécuniaire de la réparation à accorder aux Demanderesses, question déjà tranchée dans la Sentence Initiale (2.3.4.2);
- A remis en cause la réalité même du préjudice subi par les Demanderesses en faisant droit à des arguments de la Défenderesse qui avaient pourtant été rejetés tant par le Tribunal initial que par le premier comité *ad hoc* (2.3.4.3) ;
- A décliné indûment sa compétence s'agissant de la discrimination et du déni de justice constatés par la Sentence initiale (2.3.4.4).

373. Avant de détailler ces violations spécifiques, les Demanderesses exposeront des critiques générales à l'encontre de la méthode suivie par le Tribunal de resoumission dans l'interprétation de la Sentence Initiale (2.3.4.1).

### **2.3.3.1 L'interprétation de la Sentence Initiale par le Tribunal de resoumission ne se justifiait pas**

374. Le Tribunal ne pouvait pas manquer d'être conscient de la nature limitée de sa mission au regard de l'autorité de la chose jugée des parties non annulées de la Sentence Initiale.

375. Les Demanderesses ne contestent pas que le Tribunal de resoumission devait nécessairement prendre en considération les parties non-annulées de la Sentence Initiale, qui s'imposaient à lui, et qu'il disposait à cet effet d'un certain pouvoir d'interprétation, essentiellement dicté par la nécessité de comprendre pour appliquer, propre à tout tribunal arbitral.

376. Pour autant, ce pouvoir d'interprétation ne peut aller contre l'autorité de la chose jugée des parties non annulées de la Sentence Initiale, et priver d'effet des constatations, des conclusions et des décisions du Tribunal Initial revêtues de l'autorité de la chose jugée.

377. Les limites du pouvoir d'interprétation d'un tribunal arbitral ont été discutées, notamment, dans le cadre d'affaires impliquant l'interprétation d'une sentence ou d'une décision de justice internationale par le tribunal ou la cour l'ayant précédemment rendue.

378. Dans une telle situation, il est admis que l'interprétation ne saurait avoir pour effet de remettre en cause ce qui a été jugé de manière ferme et définitive par le tribunal.

379. Ainsi, dans l'affaire de l'*Usine de Chorzow*, le Cour a décidé que :

*"L'interprétation n'ajoute rien à la chose jugée et ne peut avoir effet obligatoire que dans les limites de la décision de l'arrêt interprété"* (nous soulignons)<sup>335</sup>.

380. De manière similaire, dans l'*Affaire de la délimitation du plateau continental*, le Cour Permanente d'Arbitrage a énoncé que :

---

<sup>335</sup> **Pièce C79**, Interprétation des arrêts nos 7 et 8 (*Usine de Chorzow*), 16 décembre 1927, Recueil des arrêts de la CPJI *Usine de Chorzow*, Série A - n° 13, p. 21

"[I]l convient de tenir compte de la nature et des limites du droit de demander à un tribunal une interprétation de sa décision. L' "interprétation" est un processus purement auxiliaire qui peut servir à expliquer, mais non à modifier, ce que le tribunal a déjà décidé avec force obligatoire et qui est chose jugée" (nous soulignons)<sup>336</sup>.

381. Un auteur a également relevé, au sujet des procédures en interprétation par un tribunal de sa sentence, que :

*"Le Tribunal qui interprète sa propre décision ne fait pas œuvre juridictionnelle: il lève un mot, corrige la forme, mais sans jamais toucher au fond, sans jamais porter atteinte à la chose jugée irrémédiablement acquise"* (nous soulignons)<sup>337</sup>.

382. S'il en est ainsi dans les procédures en interprétation à proprement parler, il en va *a fortiori* de même lorsqu'un tribunal est confronté à l'autorité de la chose jugée d'une sentence arbitrale antérieure au cours d'une procédure de nouvel examen après annulation partielle de celle-ci.

383. Le second comité *ad hoc* dans l'affaire *Amco c. Indonésie* a notamment été confronté à cette question.

384. Les circonstances particulières de cette affaire méritent d'être détaillées.

385. Dans l'affaire *Amco c. Indonésie*, le premier comité *ad hoc* avait annulé la sentence initiale *"as a whole for the reasons and with the qualifications set out above"*<sup>338</sup>. Il avait toutefois omis de décider quelles parties avaient l'autorité de la chose jugée, à la différence de ce qu'a fait le premier comité *ad hoc* dans l'affaire *Pey Casado*.

386. Le second tribunal arbitral, amené à statuer sur sa compétence, avait donc dû procéder à une interprétation de la sentence initiale et de la décision du comité *ad hoc* afin de déterminer quelles parties de la première sentence bénéficiaient de l'autorité de la chose jugée à raison des réserves émises par le premier comité *ad hoc* dans sa décision.

387. Les deux parties introduisirent un recours en annulation à l'encontre de la seconde sentence arbitrale en arguant que le tribunal de resoumission avait, lors de son interprétation de la première sentence et de la décision du premier comité *ad hoc*, méconnu l'autorité de la chose jugée de ces décisions.

388. Le tribunal décida, statuant sur la demande en annulation introduite par *Amco*, que :

*"If a new Tribunal reconsiders an issue not annulled, it exceeds its power. In the present case the first committee had not taken any explicit decision on the controversial issue of the nature of the prejudice caused by the army and police actions. The second tribunal therefore had to interpret the Committee's decision with regard to this issue. Its interpretation could be considered as a manifest excess of powers only if it were manifestly outside any bona fide*

<sup>336</sup> **Pièce C80**, C.I.J., *Affaire de la délimitation du plateau continental*, Décision du 14 mars 1978, § 29 ; v. également **Pièce CL327**, *Demande en interprétation de l'arrêt du 15 juin 1952 en l'affaire du Temple de Préah Vihéar* (Cambodge c. Thaïlande), Arrêt du 11 novembre 2013, § 55.

<sup>337</sup> Perrot (R.), *"L'interprétation des sentences arbitrales"*, *Revue de l'arbitrage*, 1968, pp. 7 et s.

<sup>338</sup> **Pièce C196**, *Dispositif*, page 542

interpretation of the first committee's decision and therefore obviously untenable" (nous soulignons)<sup>339</sup>.

389. Le second comité *ad hoc* dans l'affaire *Amco* a donc vérifié le caractère raisonnable de l'interprétation à laquelle s'est livrée le second tribunal arbitral.
390. Les circonstances de l'affaire *Amco c. Indonésie* se distinguent de la présente espèce dans la mesure où la portée de l'annulation demeurait incertaine, puisque la sentence initiale avait été annulée dans sa totalité, mais sous certaines réserves et le comité *ad hoc* n'avait pas identifié les parties de la sentence qui avaient l'autorité de la chose jugée
391. Comme l'a relevé le tribunal dans *Fraport*,
- “the qualified dispositif in Amco I, Annulment Decision, presented the Amco II tribunal with the problem of interpreting its formulation by identifying which parts of the first decision had not been annulled and were therefore binding on the parties as res judicata, and which parts could be re-litigated after being nullified by the ad hoc Committee”*<sup>340</sup>.
392. Le tribunal dans *Fraport* releva néanmoins que, lorsqu'à la différence de la situation dans l'affaire *Amco*, le dispositif de la décision du comité *ad hoc* était explicite dans la portée de l'annulation prononcée, l'interprétation de la sentence initiale par un tribunal de nouvel examen risquait de se heurter à l'autorité de la chose jugée de celle-ci :
- "In the present case, if the Tribunal, in the absence of any "qualifications" in the dispositif of the Award, attempts to determine which issues are res judicata and which issues may be re-litigated, it would likely expose its own decision to a request for annulment, as occurred in Amco II, thus defeating the objective of saving costs and time"*<sup>341</sup>.
393. Comme les Demanderesses l'ont rappelé ci-avant, la Décision du premier comité *ad hoc* délimite sans équivoque la portée de l'annulation prononcée, et le fait que les parties non annulées de la Sentence Initiale ont autorité de la chose jugée<sup>342</sup>.
394. Compte tenu de la clarté de la Décision du premier comité *ad hoc*, le pouvoir d'interprétation dont disposait le Tribunal était restreint, et celui-ci ne pouvait en tout hypothèse adopter une interprétation des parties non-annulées de la Sentence Initiale contraire à l'autorité de chose jugée de celle-ci.
395. Une interprétation qui irait à l'encontre de l'autorité de la chose jugée de la Sentence Initiale, telle que clairement délimitée dans le dispositif de la Décision du premier comité *ad hoc* serait intenable et déraisonnable, et exposerait le Tribunal à un grief d'excès de pouvoir manifeste.

<sup>339</sup> **Pièce CL308**, *Amco v. Indonesia*, ICSID Case No. ARB/81/1, Decision on Annulment, 3 December 1992, § 8.07

<sup>340</sup> **Pièce CL329**, *Fraport AG Frankfurt Airport Services Worldwide v. Republic of Philippines*, Procedural Order No. 1, 17 May 2012, § 52

<sup>341</sup> **Ibid.**, *Fraport AG Frankfurt Airport Services Worldwide v. Republic of Philippines*, Procedural Order No. 1, 17 May 2012, § 56

<sup>342</sup> *Supra*, §§12,13, 24

396. Pourtant, ainsi que le sera démontré ci-après, c'est précisément une interprétation de ce type qu'a adoptée le Tribunal de resoumission en plusieurs endroits de sa Sentence, ce qui justifie l'annulation de la Sentence de resoumission.

### 2.3.3.2 Le Tribunal a rejugé la question de la nature pécuniaire de la réparation à accorder aux Demanderesses en violation de l'autorité de la chose jugée de la Sentence Initiale

397. Le Tribunal Initial a, dans sa Sentence Initiale, clairement déterminé la nature pécuniaire de la réparation due aux Demanderesses suite à la violation par la Défenderesse de l'article 4 de l'API Espagne-Chili : les Demanderesses ont droit à compensation, ce qui entend une indemnisation pécuniaire (a).

398. Le Tribunal de resoumission, en contradiction avec l'autorité de la chose jugée de cette conclusion dans la Sentence Initiale, a rouvert un débat sur la nature de la réparation à accorder aux Demanderesses. Cela a conduit le Tribunal de resoumission, *in fine*, à substituer sa propre conclusion à celle du Tribunal Initial, et à considérer que les Demanderesses ont obtenu satisfaction par la simple reconnaissance des violations de l'API Espagne-Chili par la Défenderesse (b). Conclusion de surcroît contredite par l'observation de la SR elle-même au §244 *in fine*, que le Chili n'aurait pas, de la sorte, satisfait le para 2 du Dispositif de la Sentence initiale.

399. Cette conclusion, en ce qu'elle foule au pied l'autorité de la chose jugée de la Sentence Initiale, constitue un excès de pouvoir manifeste au sens de l'article 52(1)(b) (c).

(a) La nature de la réparation à laquelle ont droit les Demanderesses a été tranchée avec autorité de la chose jugée par le Tribunal Initial

400. La simple lecture de la Sentence Initiale démontre que le Tribunal Initial a tranché la question de la nature de la compensation à laquelle ont droit les Demanderesses. Par cela s'entend une indemnisation financière, de nature pécuniaire (i). Il n'existe pas de désaccord entre les parties sur ce point (ii).

(i) La "compensation" à laquelle fait référence le Tribunal Initial entend une indemnité financière, de nature pécuniaire

401. Il a été rappelé ci-avant (§13) que le Tribunal Initial a, au paragraphe 3 du Dispositif de la Sentence Initiale, constaté que "*les Demanderesses ont droit à compensation*"<sup>343</sup>.

402. Cette décision n'a pas été annulée par le premier comité *ad hoc*. Au contraire, le premier comité *ad hoc* a expressément confirmé au paragraphe 4 de son dispositif que le paragraphe 3 du dispositif de la Sentence Initiale, et les parties correspondantes dans le corps de celle-ci, avait autorité de la chose jugée<sup>344</sup>.

403. Le terme "compensation" ne peut être compris autrement que comme une référence à une indemnisation financière, de nature pécuniaire, compte tenu des termes, de l'objet et

<sup>343</sup> Pièce C2, Sentence initiale

<sup>344</sup> V. pièce C20, Décision du premier comité *ad hoc*.

de la finalité de l'API Espagne-Chili, des Demandes formulées par les Demanderesses devant le Tribunal arbitral initial et du raisonnement et du contexte de ce qu'a tranché la Sentence initiale.<sup>345</sup>

404. Il y a lieu de souligner que, dès son Mémoire en resoumission des différends nés en 2000 et 2002 les Demanderesses ont sollicité du Tribunal arbitral qu'il ordonne une indemnisation financière pour le préjudice qu'elles subissaient du fait des violation par l'État-Défendeur de l'article 4 de l'API Espagne-Chili<sup>346</sup>.
405. Par la suite, après que la Commission du Droit International a adopté en 2001 ses Projets d'Articles sur la Responsabilité de l'État pour Fait Internationalement Illicite, les Demanderesses, se sont référés à ceux-ci dans le procédure initiale<sup>347</sup> et dans celle en resoumission.<sup>348</sup>
406. L'article 31 des Articles prévoit le principe de la réparation intégrale du préjudice causé par un fait internationalement illicite d'un État :
- "1. L'État responsable est tenu de réparer intégralement le préjudice causé par le fait internationalement illicite.*
- 2. Le préjudice comprend tout dommage, tant matériel que moral, résultant du fait internationalement illicite de l'État"*<sup>349</sup>.
407. L'article 34 explique qu'il existe trois formes de réparation dans ce contexte. La version française des Articles parle de la restitution, de la compensation, et de la satisfaction<sup>350</sup>. La version anglaise utilise le terme "compensation" en lieu et place du terme "indemnisation"<sup>351</sup>.
408. L'article 36 des Articles précise la portée du terme indemnisation (respectivement "compensation" dans la version anglaise), et met en avant le fait qu'il s'agit d'une évaluation financière du dommage subi :

---

<sup>345</sup> V. §298 *supra*, "2ème question res iudicata rouverte : quelle est la nature de la compensation due par l'État du Chili aux Demanderesses ?"

<sup>346</sup> **Pièce C8**, Mémoire en demande des Demanderesses devant le Tribunal de resoumission.

<sup>347</sup> **Pièce C272**, Mémoire en réplique des Demanderesses devant le Tribunal Initial du 3 février 2003, p. 70 et s.

<sup>348</sup> **Pièce C40**, Mémoire en Réplique du 9 janvier 2015, §§376, 383, 408, 480-482, 495; **Pièce C8**, Mémoire en resoumission du 27 juin 2014, §§142, 169-171, 181, 182 ; Requête en annulation du 10 novembre 2017, §§192-196, 209, 210, 231(6), 232, 239

<sup>349</sup> L'Article 31 prévoit le principe de la réparation intégrale du préjudice causé par un fait internationalement illicite d'un Etat. Cet article se lit comme suit dans sa version anglaise : "1. *The responsible State is under an obligation to make full reparation for the injury caused by the internationally wrongful act.* / 2. *Injury includes any damage, whether material or moral, caused by the internationally wrongful act of a State*".

<sup>350</sup> Article 34 : "*La réparation intégrale du préjudice cause par le fait internationalement illicite prend la forme de restitution, d'indemnisation et de satisfaction, séparément ou conjointement, conformément aux dispositions du présent chapitre*"

<sup>351</sup> Article 34 : "*Full reparation for the injury caused by the internationally wrongful act shall take the form of restitution, compensation and satisfaction, either singly or in combination, in accordance with the provisions of this chapter*".

*"1. L'État responsable du fait internationalement illicite est tenu d'indemniser le dommage cause par ce fait dans la mesure où ce dommage n'est pas réparé par la restitution.*

*2. L'indemnité couvre tout dommage susceptible d'évaluation financière, y compris le manque à gagner dans la mesure où celui-ci est établi"*<sup>352</sup>.

409. Les Demanderesses ont déjà expliqué, dans leur Requête en annulation, qu'à chaque fois qu'il employait les termes "compensation" ou "indemnisation" dans le corps de la Sentence Initiale, que ce soit dans ses parties annulées ou non annulées, le Tribunal Initial leur attribuait un sens financier, c'est-à-dire pécuniaire<sup>353</sup>.

410. Il suffit, pour s'en convaincre, de lire, à la suite, tous les passages où il est fait usage du terme "compensation" dans les parties non annulées de la Sentence Initiale, aucune ne concerne autre chose que la compensation pécuniaire :

- Au § 29 : *"Le 4 novembre 2002, les demanderesses ont déposé une demande complémentaire "relative à la compensation des dommages découlant de la saisie par les autorités chiliennes des presses Goss, confisquées par le Décret Suprême n°165 du 10 février 1975, que les parties demanderesses soumettent au Tribunal arbitral en conformité notamment de la clause de la nation la plus favorisée de l'API entre l'Espagne et le Chili, du 2 octobre 1991, qui lui permet d'invoquer également l'API conclu entre la Suisse et la République du Chili le 24 septembre 1999"*<sup>354</sup>.
- Au § 78 : *"En 1995 les demanderesses saisirent le Président de la République (le 6 septembre 1995) ainsi que la Première Chambre civile de Santiago (le 4 octobre 1995) d'une demande en restitution ou en compensation pour la perte de la rotative Goss"*<sup>355</sup>.
- Au § 450 : *"Le Tribunal s'est déjà, selon elle [la Défenderesse], prononcé sur la question pour conclure que "la Décision n°43 ne se référerait qu'à des tiers et non aux Demanderesses, et qu'en tout cas elle n'avait causé aucun préjudice aux Demanderesses compte tenu du fait qu'elle avait simplement donné un avis sur la compensation à des tiers, sans prétendre se prononcer sur un quelconque droit de propriété que pourraient avoir les Demanderesses"*<sup>356</sup>.
- Au § 648 : *"Comme le Tribunal arbitral l'a rappelé ci-dessus, pour la partie défenderesse, "la Décision N°43 ne se référerait qu'à des tiers et non aux Demanderesses, et qu'en tout cas elle n'avait causé aucun préjudice aux Demanderesses compte tenu du fait qu'elle avait simplement donné un avis sur la*

---

<sup>352</sup> Article 36. La version anglaise de cet article se lit comme suit : *"1. The State responsible for an internationally wrongful act is under an obligation to compensate for the damage caused thereby, insofar as such damage is not made good by restitution. / 2. The compensation shall cover any financially assessable damage including loss of profits insofar as it is established"*.

<sup>353</sup> Requête en annulation du 10 novembre 2017, §§189 et s.

<sup>354</sup> **Pièce C2**, Sentence Initiale, §29

<sup>355</sup> **Ibid.**, Sentence Initiale, §78

<sup>356</sup> **Ibid.**, Sentence Initiale, §450

compensation à des tiers, sans prétendre se prononcer sur un quelconque droit de propriété que pourraient avoir les Demanderesses"<sup>357</sup>.

- Au § 661 : "*De même, la Commission des Réclamations Anglo-Mexicaine a considéré que le délai de neuf ans écoulé depuis le dépôt de la demande de compensation devant une juridiction étatique devait être qualifié de déni de justice mettant en cause la responsabilité de l'État sur le plan international*"<sup>358</sup>.
- Au § 662 : "*La Cour européenne des droits de l'homme s'est également prononcée dans le même sens, en estimant que les sept ans que les juridictions étatiques ont mis pour examiner une demande en compensation à la suite d'une expropriation étaient bien supérieurs à un délai raisonnable, ce qui constitue une violation de l'article 6-1 de la Convention européenne des droits de l'homme qui compte, au rang de ces droits fondamentaux, le droit d'être entendu "dans un délai raisonnable"*"<sup>359</sup>.
- Et, enfin, au § 674 : "*Dans le cas d'espèce, en résumé, en accordant des compensations – pour des raisons qui lui sont propres et sont restées inexplicées – à des personnages qui, de l'avis du Tribunal arbitral, n'étaient pas propriétaires des biens confisqués, en même temps qu'elle paralysait ou rejetait les revendications de M. Pey Casado concernant les biens confisqués, la République du Chili a manifestement commis un déni de justice et refusé de traiter les demanderesses de façon juste et équitable*"<sup>360</sup>.

411. La lecture du Chapitre VIII (Dommages-intérêts) de la Sentence Initiale confirme cette intention du Tribunal initial :

- Au § 685 : "*Le Tribunal arbitral estime superflu en l'espèce d'entrer dans une discussion de détail de l'argumentation soutenue par les demanderesses quant à l'évaluation des divers préjudices qu'elles allèguent avoir subis, et cela à la fois pour des raisons de fait et de preuve et en raison du comportement de la défenderesse. Il rappellera cependant que des autorités chiliennes avaient reconnu que M. Pey Casado était propriétaire des titres confisqués et que la défenderesse n'ignorait pas la revendication par M. Pey Casado d'une compensation, au moment où elle a décidé d'indemniser d'autres que lui - un acte constituant de l'avis du Tribunal une claire violation du droit à un "traitement juste et équitable" prévu par l'API*"<sup>361</sup>.
- Au § 715 : "*De même, dans l'affaire Tecnicas Medioambientales Tecmed S.A. c. Mexique, le Tribunal arbitral, citant plusieurs sentences CIRDI dans la même sens, a exprimé l'opinion que "application of compound interest is justified as part of the integral compensation owed to the Claimant as a result of the loss of its investment"*"<sup>362</sup>.

412. Il en va de même pour l'usage qu'a fait le Tribunal Initial des termes "indemniser" ou "indemnisation".

---

<sup>357</sup> **Ibid.**, §648

<sup>358</sup> **Ibid.**, §661

<sup>359</sup> **Ibid.**, §662

<sup>360</sup> **Ibid.**, §674

<sup>361</sup> **Ibid.**, §685

<sup>362</sup> **Ibid.**, §715

413. Ainsi, dans les parties non annulées de la Sentence Initiale :

- Au § 77 : "*Sur le terrain des démarches tendant à une indemnisation, il y a lieu de noter que le 1er février 1995, M. Pey Casado a saisi la Huitième Chambre criminelle de Santiago d'une demande en restitution de la société CPP S.A. et des documents y-relatifs, demande qui fit l'objet d'une décision favorable le 29 mai 1995, "compte tenu de la valeur probante des antécédents "*"<sup>363</sup>
- Au § 79 : "*Le 20 novembre 1995, le ministère des biens nationaux informe M. Pey Casado que la loi d'indemnisation qui permettra de traiter les situations comparables à celle de M. Pey Casado n'a pas encore été promulguée. Le 25 juin 1998, c'est-à-dire huit mois après le dépôt de la requête d'arbitrage dans la présente instance le 3 novembre 1997, est promulguée la loi n°19.568 relative à la restitution ou indemnisation pour biens confisqués et acquis par l'État. Les parties demanderesses vont cependant informer le Ministre des biens nationaux par lettre du 24 juin 1999 de leur décision de ne pas recourir à la loi n°19.568, du fait de la requête d'arbitrage introduite en 1997 et de la clause d'option irrévocable (fork-in-the-road) contenue dans l'API Espagne-Chili.*"<sup>364</sup>
- Au § 448 : "*Ayant pris connaissance le 3 avril 2000 de la Décision n°43 du Ministère des biens nationaux, décision qui accorde une indemnisation à des personnes autres que les parties demanderesses pour la confiscation des biens des sociétés CPP S.A. et EPC Ltda, les demanderesses ont prétendu immédiatement que "la résolution du 28 avril 2000 constitue en soi un nouvel acte de dépossession ou de dénégation de la protection de l'investissement des demandeurs. Et que donc la question de savoir si c'est avant ou après l'entrée en vigueur du traité, que cette controverse a jailli, [...] paraît aujourd'hui un peu hors de propos, puisque le 28 avril dernier, un nouvel acte de cet ordre là a été réalisé "*"<sup>365</sup>
- Au § 454 : "*Selon les demanderesses, un différend résultant du déni de justice allégué par les demanderesses "est né après l'entrée en vigueur de l'API Espagne –Chili "391. Les demanderesses font en effet valoir que la procédure engagée en 1995 devant la Première Chambre civile de Santiago pour la restitution de la rotative Goss ou l'indemnisation de sa valeur de remplacement n'a donné lieu à aucune décision sur le fond en sept ans<sup>392</sup>. En outre, 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.*"<sup>366</sup>
- Au § 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.<sup>394</sup> 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.<sup>395</sup> Leur demande de rétractation des décrets de paiement de l'indemnisation accordée par la Décision n°43, déposée le 29 juillet 2002, aurait également été rejetée in limine litis le 14 octobre 2002.<sup>396</sup> 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<sup>397</sup> 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*

<sup>363</sup> **Ibid.**, §77.

<sup>364</sup> **Ibid.**, §79.

<sup>365</sup> **Ibid.**, §448.

<sup>366</sup> **Ibid.**, §454.

*a été déclarée irrecevable*<sup>398</sup>. 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.<sup>399</sup>"<sup>367</sup>

- Au § 462 : "*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 1995,411 les parties 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.*"<sup>368</sup>
- Au § 490 : "*Dans la demande déposée devant la Première Chambre civile de Santiago le 4 octobre 1995, M. Pey Casado a fait valoir que la rotative Goss avait été illicitement saisie par l'État chilien en 1973 et, sur le fondement des dispositions du code civil chilien, demande que lui soit restituée la rotative en question. Dans le cas où la restitution serait impossible, M. Pey Casado demande une indemnisation correspondant à la valeur de la rotative plus les intérêts et, le cas échéant, une indemnisation pour les éventuels dommages qu'aurait subis la rotative*"<sup>369</sup>
- Au § 496 : "*En l'espèce, bien que les parties soient les mêmes, l'objet de la demande complémentaire, qui consiste à demander une indemnisation pour le préjudice subi du fait d'un déni de justice, n'est de toute évidence pas identique à celui de l'action portée devant les tribunaux chiliens pour obtenir la restitution de la rotative Goss. Le fondement est également différent dans chaque affaire : la demande relative au déni de justice est fondée sur l'API ; l'action intentée devant le juge chilien est fondée sur le droit chilien et, plus particulièrement, sur les dispositions du code civil relatives à la restitution.*"<sup>370</sup>
- Au § 497 : "*Le Tribunal conclut que l'option irrévocable prévue à l'article 10(2) de l'API n'avait donc pas été exercée lorsque les demanderesses ont déposé devant le Tribunal arbitral leur demande complémentaire relative au déni de justice.*"<sup>371</sup>
- Au § 508 : "*Selon la défenderesse, en 1995 et 1996, les activités de la Fondation auraient été consacrées essentiellement à suivre les procédures judiciaires et/ou politiques en cours au Chili, et notamment devant le Parlement chilien, en ce qui concerne la reconnaissance des droits patrimoniaux cédés à la Fondation, ainsi qu'à agir juridiquement en vue d'obtenir du pouvoir judiciaire chilien une indemnisation pour les dommages subis dès 1973.*"<sup>372</sup>
- Au § 594 : "*M. Pey Casado ayant été contraint de quitter le Chili et n'ayant pu y retourner qu'en 1989*<sup>546</sup>, il ne formule sa première demande de restitution des biens confisqués qu'en septembre 1995.<sup>547</sup> Le 4 octobre 1995, il se porte par ailleurs devant les tribunaux chiliens pour obtenir la restitution de la rotative Goss.<sup>548</sup> Le 20 novembre 1995, le ministère des biens nationaux informe M. Pey Casado que la loi d'indemnisation qui permettra de traiter les situations comparables à celle de M. Pey Casado n'a pas encore été promulguée.<sup>549</sup> Le 10 janvier 1996, M. Pey Casado réitère sa demande de restitution auprès du Président de la

---

<sup>367</sup> **Ibid.**, § 455.

<sup>368</sup> **Ibid.**, § 462.

<sup>369</sup> **Ibid.**, § 490.

<sup>370</sup> **Ibid.**, §496.

<sup>371</sup> **Ibid.**, §497.

<sup>372</sup> **Ibid.**, §508.

*République, sans obtenir de réponse.550 Le 3 novembre 1997, les demanderesses déposent leur requête d'arbitrage auprès du CIRDI*<sup>373</sup>

- Au § 595 : "*Le 25 juin 1998 est promulguée la loi n°19.568 relative à la restitution ou indemnisation pour biens confisqués et acquis par l'État à travers les décrets-lois n°12, 77 et 133 de 1973, n°1697 de 1977 et n°2436 de 1978. Les parties demanderesses vont cependant informer le Ministre des biens nationaux par lettre du 24 juin 1999 de leur décision de ne pas recourir à la loi n°19.568, du fait de la requête d'arbitrage introduite en 1997 et de la clause d'option irrévocable (fork-in-the-road) contenue dans l'API Espagne-Chili.*" <sup>374</sup>
- Au § 598 : "*Dans le dernier état de leur argumentation, les demanderesses font valoir que le Tribunal se trouve en présence soit d'un fait illicite continu, soit d'un fait illicite composite et auxquels seraient applicables les dispositions de fond de l'API.555 Se fondant essentiellement sur des arrêts de la Cour européenne des droits de l'homme, les demanderesses qualifient "l'expropriation de 1975-1977 "556 et la Décision n°43557 de violations continues, contraires notamment à l'article 5 de l'API.558 Les demanderesses prétendent ainsi que le caractère continu de l'expropriation des biens litigieux résulte de la nullité du décret n°165 adopté en 1975. Le décret litigieux serait nul au regard du droit interne, la Cour suprême ayant elle-même déclaré nuls un certain nombre d'autres décrets de la même époque et relatifs à d'autres biens de M. Pey Casado.559 Les demanderesses avancent également que le décret n°165 serait contraire au droit international et insistent notamment sur la solution adoptée dans l'arrêt Loizidou qu'elles estiment applicable à la présente affaire.560 Le fait illicite composite allégué engloberait quant à lui "les décrets de 1975 et 1977 ", "le refus d'indemnisation de 1995 "et la Décision n°43 du 28 avril 2000.561 Les demanderesses prétendent enfin être victimes d'un déni de justice pour la période 1995-2002, en violation de l'article 4 de l'API.562 Lors des audiences de janvier 2007, les demanderesses ont élargi leur demande fondée sur le déni de justice en alléguant que "c'est à l'ensemble du contentieux soumis au Tribunal arbitral que s'applique, de notre point de vue, le déni de justice subi par M. Pey ""<sup>375</sup>*
- Au § 613 : "*Selon les parties demanderesses, la Décision n°43 du 28 avril 2000 serait en elle-même contraire aux articles 3, 4 et 5 de l'API.582 La Décision n°43 a été rendue en application de la loi n°19.568, promulguée postérieurement à l'entrée en vigueur de l'API. Cette loi dispose dans son article 1 que "les personnes physiques ou les personnes morales, incluant les partis politiques, qui [ont] été privé[e]s du domaine de leurs biens par l'application des décrets-lois N°12, 77 et 133, de 1973 ; 1.687, de 1977, et 2.346, de 1978, auront le droit de solliciter leur restitution ou de réclamer le paiement d'une indemnisation, conformément aux normes établies dans cette loi "(souligné par nous). L'État défendeur a ainsi créé un droit à indemnisation, défini et délimité par la loi interne, et ayant vocation à s'appliquer à des personnes visées par une législation adoptée pendant la période 1973-1978."* <sup>376</sup>
- Au § 614 : "*La Décision n°43, qui autorise l'indemnisation de personnes autres que les parties demanderesses pour l'expropriation des biens des sociétés CPP S.A. et EPC Ltda en application de la loi de 1998, est qualifiée par les parties demanderesses de "nouvelle dépossession "583 contraire aux dispositions de fond de l'API. Cette décision étant intervenue postérieurement à l'entrée en vigueur de l'API, le Tribunal conclut que les dispositions de*

<sup>373</sup> **Ibid.**, §594.

<sup>374</sup> **Ibid.**, §595.

<sup>375</sup> **Ibid.**, § 598.

<sup>376</sup> **Ibid.**, § 613.

*fond de ce dernier lui sont applicables ratione temporis, sans toutefois préjuger à ce stade de sa décision au fond sur la violation alléguée."*<sup>377</sup>

- Au § 616 : "*Le Tribunal rappellera que les demanderesses prétendent regrouper au sein d'un fait composite "les décrets de 1975 et 1977 ", "le refus d'indemnisation de 1995 " et la Décision n°43 du 28 avril 2000.584"*"<sup>378</sup>
- Au § 621 : "*Les autres actes présentés par les demanderesses comme éléments du fait composite allégué se sont tous produits postérieurement à l'entrée en vigueur du traité. Il s'agit essentiellement, selon les demanderesses, du refus d'indemnisation opposé à Monsieur Pey Casado en 1995 et de la Décision n°43. Le refus d'indemnisation se rapporte à une expropriation qui a eu lieu dans les années 70, à une époque où l'API n'était pas en vigueur. Ce refus d'indemnisation n'est pas en lui-même contraire au traité, le seul droit d'indemnisation postérieur au traité n'ayant été créé par le législateur chilien qu'en 1998 ; il ne peut davantage être relié à une violation survenue postérieurement à l'entrée en vigueur du traité, l'expropriation ayant eu lieu bien avant cette date. Présenter le refus d'indemnisation comme l'élément d'un fait composite revient à confondre la notion de différend avec les faits qui en sont à l'origine, ce que les demanderesses ont par ailleurs reproché à la défenderesse."*<sup>379</sup>
- Au § 629 : "*La première violation potentielle concerne l'indemnisation de personnes non-proprétaires par le Ministre chilien des biens nationaux par la Décision n°43 du 28 avril 2000"*"<sup>380</sup>
- Au § 632 : "*Le 28 avril 2000, Le Ministre des biens nationaux adopte la Décision n°43 selon laquelle les dispositions de la loi n°19.568 sont applicables aux biens confisqués aux sociétés CPP S.A. et EPC Ltda.592 Cependant, comme le Tribunal l'a expliqué ci-dessus, la Décision n°43 indemnise des requérants autres que les demanderesses pour la confiscation des biens en question et le Ministre des biens nationaux maintiendra cette décision que les demanderesses contesteront en vain"*"<sup>381</sup>
- Au § 635 : "*Les demanderesses ont tenté en vain de faire reconnaître l'incompatibilité de la Décision n°43 avec cette procédure judiciaire. 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."*<sup>382</sup>
- Au § 639 : "*Pour ce qui est la rotative Goss, alors que sa restitution avait fait l'objet d'une demande d'indemnisation devant les juridictions chiliennes et avait, en conséquence, été exclue de la requête d'arbitrage du 7 novembre 1997, il n'en allait pas initialement de même pour la demande d'indemnisation pour le manque à gagner. Dans leur demande*

<sup>377</sup> **Ibid.**, § 614.

<sup>378</sup> **Ibid.**, § 616.

<sup>379</sup> **Ibid.**, § 621.

<sup>380</sup> **Ibid.**, § 629.

<sup>381</sup> **Ibid.**, § 632.

<sup>382</sup> **Ibid.**, § 635.

complémentaire du 4 novembre 2002, les demanderesses ont fourni une demande d'indemnisation tendant à voir réparer la perte de la rotative Goss en alléguant avoir été victimes d'un déni de justice au sens du droit international au motif que, de 1995 à 2002, "aucune décision n'avait été adoptée au Chili par rapport à la valeur de restitution stricto sensu de la rotative ou sa valeur de remplacement".<sup>383</sup>

- Au § 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. Sur la base des faits résumés ci-dessus, 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 la part du Chili."<sup>384</sup>
- Au § 647 : "En ce qui concerne la Décision n°43, la défenderesse a soutenu, comme le Tribunal l'a rappelé ci-dessus, que "les réclamants n'ont jamais été propriétaires des bien confisqués."602 De plus, elles ont suggéré qu'il serait pervers de : "décourager les pays de faire ce qu'a fait le Chili, c'est-à-dire indemniser les personnes qui ont subi un préjudice. Si toutes les personnes qui n'ont pas été indemnisées pour telle et telle raison, avaient accès au CIRDI du fait de la non application du traitement juste et équitable, j'ai l'impression que cela reviendrait à miner le système ""<sup>385</sup>
- Au § 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."<sup>386</sup>
- Au § 668 : "Après le rétablissement au Chili d'institutions démocratiques et civiles, les nouvelles autorités ont proclamé publiquement leur intention de rétablir la légalité et de réparer les dommages causés par le régime militaire. Comme la défenderesse l'a souligné : "[...] les gouvernements démocratiques qui remplacèrent en 1990, au moyen d'élection libres, le Gouvernement de Pinochet, se sont primordialement préoccupés de réparer les dommages causés par le régime instauré au Chili par le coup d'état du 11 septembre 1973. En effet, le Gouvernement a pris les mesures pour réparer les dommages causés aux victimes dans tous les secteurs. Concrètement, en relation avec les confiscations, a été approuvée une loi qui dispose de la restitution ou indemnisation pour les biens confisqués, loi prise à l'initiative de l'Exécutif""<sup>387</sup>
- Au § 728 : "Pour les premiers, le Tribunal arbitral tiendra compte de l'ensemble des circonstances de l'espèce, de l'issue de la cause ainsi que des attitudes respectives des parties. À cet égard, il est constant que, comme le montrent les analyses et conclusions qui précèdent, les demanderesses ont eu gain de cause pour l'essentiel, qu'il s'agisse de la compétence du Centre et du Tribunal arbitral, du principe de la responsabilité de la République du Chili et de la violation de l'obligation internationale d'accorder à l'investissement un "traitement juste et équitable", ainsi que, sur le fond, de leur qualité de propriétaire des investissements visés par les diverses mesures prises par les autorités chiliennes. Cela en dépit de la contestation déterminée opposée dès le début à la compétence internationale et à leurs réclamations. Au

---

<sup>383</sup> **Ibid.**, §639.

<sup>384</sup> **Ibid.**, § 641.

<sup>385</sup> **Ibid.**, § 647.

<sup>386</sup> **Ibid.**, § 667.

<sup>387</sup> **Ibid.**, § 668.

*regard de ces faits, il apparaît relativement secondaire que le montant de l'indemnisation finalement allouée aux demanderessees ne représente qu'un faible pourcentage des dommages-intérêts sollicités par elles."*<sup>388</sup>

414. Et dans le Chapitre VIII de la Sentence initiale, où, rappelons-le, le Comité *ad hoc* n'a nullement critiquée la méthode de calcul :

- Au § 677 : "*On observera enfin, toujours sur le fond, que la réalité des violations alléguées - ou, plus précisément, en son principe, l'illégalité des confiscations opérées par l'autorité militaire chilienne sur les biens litigieux, n'est pas contestée par la défenderesse.*<sup>623</sup> *Pas plus que cette dernière ne conteste l'obligation d'indemniser les victimes de confiscations contraires au droit. Ce qu'elle conteste en revanche, ainsi qu'on l'a vu, c'est la qualité pour agir des demanderessees, découlant de leur qualité de propriétaire ou d'investisseur.*"<sup>389</sup>
- Au § 678 : "*On se référera à ce propos, par exemple, aux déclarations des représentants de la partie chilienne devant le Tribunal arbitral. Celle-ci a expliqué que la Décision n°43 "est née d'une procédure établie par une loi chilienne de 1998 selon laquelle l'État se proposait d'indemniser les personnes qui avaient été expropriées durant la période de la dictature militaire". En novembre 1995, l'État chilien a indiqué à M. Pey Casado "qu'une loi était en cours d'élaboration et que celle-ci, une fois votée, permettrait d'indemniser les personnes qui avaient fait l'objet d'une expropriation".*<sup>624</sup> *On notera en passant qu'il s'est abstenu alors d'indiquer à M. Pey Casado s'il entrait ou non dans la catégorie des personnes ainsi visées. Selon les demanderessees, cette législation, inexistante en 1995, "prendra trois années avant d'être finalement votée"*"<sup>390</sup>
- Au § 679 : "*Ces faits ainsi rappelés, et la question de la qualité pour agir des demanderessees 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.*"<sup>391</sup>
- Au § 681 : "*Et il est superflu d'ajouter que cette constatation élémentaire est indépendante du droit applicable, qu'il soit interne (chilien) ou international. Quelle qu'ait pu être la base juridique retenue par la défenderesse dans sa décision d'indemniser, le Tribunal arbitral, lui, ne peut que se fonder sur le droit international pour constater le déni de justice et le dommage résultant nécessairement du traitement (non "juste et équitable")*<sup>626</sup> *réservé à l'investissement.*"<sup>392</sup>
- Au § 692 : "*En l'absence de preuves convaincantes apportées par les demanderessees et le recours à une ou plusieurs expertises devant être exclu, le Tribunal arbitral est cependant en mesure de procéder à une évaluation du dommage à l'aide d'éléments objectifs dès lors que, selon les données incontestées résultant du dossier, les autorités chiliennes elles-mêmes, à la suite de la Décision n° 43, ont fixé le montant de la réparation due aux personnes ayant, selon elles, droit à une indemnisation.*"<sup>393</sup>

---

<sup>388</sup> **Ibid.**, § 728.

<sup>389</sup> **Ibid.**, § 677.

<sup>390</sup> **Ibid.**, § 678.

<sup>391</sup> **Ibid.**, § 679.

<sup>392</sup> **Ibid.**, § 681.

<sup>393</sup> **Ibid.**, § 692.

- Au § 693 : *"Il convient de rappeler dans ce contexte que le préjudice à indemniser n'est pas celui souffert à la suite de l'expropriation (demande qui n'est pas couverte par les dispositions de fond de l'API), mais celui souffert en raison des violations de l'API que le Tribunal arbitral a constatées et à propos desquelles il est compétent pour rendre une décision. Notamment, l'indemnisation doit servir à mettre les demanderessees dans la position dans laquelle elles seraient si les violations en question n'avaient pas eu lieu, c'est-à-dire si, dans la Décision n°43, les autorités chiliennes avaient indemnisé les demanderessees, et non pas des tierces personnes non-proprétaires des biens en question. Dans cette hypothèse, les autorités chiliennes auraient accordé le montant d'indemnisation qu'elles ont accordé en vertu de la Décision n°43 aux demanderessees dans la présente instance, celles-ci étant, le Tribunal arbitral l'a constaté, les véritables propriétaires des actions des sociétés CPP S.A. et EPC Ltda. Par conséquent, c'est le montant payé comme indemnisation en vertu de la Décision n°43 qui correspond au préjudice souffert par les demanderessees."*<sup>394</sup>
- Au § 694 : *"L'indemnisation décidée par la Décision n°43 du 28 avril 2000 a été alloué par le Ministère des Biens Nationaux en vertu des décrets d'indemnisation n° 76-79, en date du 11 avril 2002. Il s'agit d'un montant global d'indemnisation de USD 10 millions, bien que le montant exact soit contesté entre les parties."*<sup>395</sup>
- Au § 696 : *"Selon les demanderessees, le montant précis alloué a été de 196.736,603 UTM,634 montant qui aurait été calculé par des experts nommés par l'administration chilienne comme montant de l'indemnisation, approuvé en tant que tel par l'ordre ministériel n°165 du 2 avril 2002,635 et inclus dans les décrets d'indemnisation n°76-79 du 11 avril 2002."*<sup>396</sup>
- Au § 700 : *"Les demanderessees ont fourni des remarques supplémentaires dans une lettre en date du 29 octobre 2007, réitérant leur position que la date critique pour la conversion serait le 23 juillet 1998, date de la publication de la Loi n°19.518 portant sur la restitution où l'indemnisation des biens confisqués. A cette date, l'équivalent en dollars de 343.578,61 UF aurait été d'USD 10.607.830,77."*<sup>397</sup>
- Au § 703 : *"Le déni de justice retenu par le Tribunal arbitral sur la question de la rotative Goss n'entraîne aucune indemnisation supplémentaire. En effet, cette rotative a été la propriété des sociétés dont les titres, appartenant aux demanderessees, ont fait l'objet de l'indemnisation décidée par le Tribunal arbitral."*<sup>398</sup>
- Au § 709 : *"De l'avis du Tribunal arbitral, les demanderessees ont droit au paiement d'intérêts composés annuellement sur la somme principale, intérêts courant à partir de la reconnaissance de la créance d'indemnisation par le Chili en vertu des décrets d'indemnisation n° 76-79 des bénéficiaires de la Décision n°43 du 28 avril 2000, soit le 11 avril 2002, jusqu'à la date de la présente sentence."*<sup>399</sup>

415. Lors du débat entre les parties devant le Comité *ad hoc* comme dans la Décision de celui-ci du 18 décembre 2012 la compensation établie dans la Sentence initiale est toujours comprise sous la modalité d'indemnisation pécuniaire :

---

<sup>394</sup> **Ibid.**, § 693.

<sup>395</sup> **Ibid.**, § 694.

<sup>396</sup> **Ibid.**, § 696.

<sup>397</sup> **Ibid.**, § 700.

<sup>398</sup> **Ibid.**, § 703.

<sup>399</sup> **Ibid.**, § 709.

§ 223. "Le Comité a soigneusement étudié le raisonnement du Tribunal qui a conduit celui-ci à conclure que la compensation [pécuniaire] par les autorités chiliennes de quatre personnes qui, de l'avis du Tribunal, n'étaient pas propriétaires d'El Clarín, au titre de la Décision n° 43, a donné lieu à une demande fondée sur la discrimination. (...) Il ressort clairement de la Sentence que le Tribunal a été convaincu par les éléments de preuve produits par les Demanderesses. La demande en annulation présentée par la Défenderesse sur le fondement de ce motif est rejetée."<sup>400</sup>

§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, la question qui se pose en l'espèce n'est pas en soi celle du quantum des dommages-intérêts déterminés par le Tribunal. Le problème ne réside pas non plus en soi dans la méthode retenue par le Tribunal pour évaluer les dommages subis par les Demanderesses. La question réside précisément dans le raisonnement suivi par le Tribunal pour déterminer les modalités de calcul appropriées qui, comme cela a été démontré ci-dessus, est manifestement contradictoire."<sup>401</sup> [Soulignement ajouté]

416. Il apparaît donc sans aucune ambiguïté que la Sentence Initiale avait entendu faire un usage systématique du terme "compensation" comme se référant à une réparation financière, de nature pécuniaire.
417. Cette conclusion d'une clarté limpide quant à la nature de la réparation à accorder aux Demanderesses, en ce qu'elle n'a pas été annulée par le premier comité *ad hoc*, bénéficiait de l'autorité de la chose jugée et s'imposait au Tribunal de resoumission.
418. Par ailleurs, les parties s'accordaient sur l'interprétation à donner au terme "compensation" dans le dispositif de la Sentence initiale.

(ii) Les parties ont eu la même interprétation du terme compensation

419. On chercherait en vain une divergence d'interprétation entre les Demanderesses et l'État Défendeur sur le terme "compensation" tel qu'utilisé dans le dispositif de la Sentence initiale.
420. Ainsi, dans ses écritures devant le Tribunal de resoumission, à chaque fois les Demanderesses ont à nouveau fait référence au terme de compensation au sens de l'article 34 des Articles sur la Responsabilité des États, c'est-à-dire impliquant une indemnité financière. Nulle part elles ont fait référence à la modalité de réparation sous la forme de satisfaction.
421. Il en va de même de la Défenderesse dans ses écritures devant le Tribunal de resoumission.
422. Dans son Mémoire en réponse sur la resoumission, la Défenderesse a expliqué, à propos des différents types de réparation prévus à l'article 34 des Articles sur la Responsabilité des États que :

<sup>400</sup> Pièce C20, Décision du Comité *ad hoc*, §223

<sup>401</sup> *Ibid.*, §283

*"As explained in more detail below, there are three components to the "full reparations" standard as that concept is defined in Article 34 of the Articles on State Responsibility: restitution, compensation, and satisfaction"*<sup>402</sup>.

423. Selon la définition du terme "compensation" donnée par la Défenderesse, ce terme fait référence également à une indemnité financière :

*"Reparation in the form of "compensation" "cover[s] any financially assessable damage including loss of profits insofar as it is established," and is available "insofar as such damage is not made good by restitution"*<sup>403</sup>.

424. Puis, au paragraphe suivant, la Défenderesse explique que c'est ce type de réparation qu'a accordé la Sentence Initiale :

*"Out of these three forms of reparation, the Award granted compensation for the discrimination violation relating to Decision 43"*<sup>404</sup>.

425. De manière encore plus claire, la Défenderesse indique au §224 de son Mémoire en demande sur la resoumission, en se référant directement au paragraphe du dispositif de la Sentence Initiale, que la nature de la réparation à accorder aux Demanderesses a été tranchée de manière définitive par la Sentence Initiale, et a autorité de la chose jugée :

*"For purposes of the present case, the Tribunal need not determine which form of reparation is the most appropriate, as that issue was already decided by the Original Tribunal in an unannulled portion of its Award. Thus, Paragraph 3 of the Award's dispositif — which was not annulled and is therefore binding upon this Tribunal — states that "les demanderesses ont droit a **compensation**."* (en gras dans le texte original, soulignement ajouté)<sup>405</sup>.

426. Au cours des audiences, en réponse à une question du Tribunal de resoumission<sup>406</sup>, les parties ont confirmé leur interprétation du terme "compensation".

427. Les Demanderesses ont expliqué que :

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

*C'est également d'ailleurs la position adoptée par le Chili dans son contre-mémoire du 27 octobre 2014. Je vous renvoie pour ce faire au paragraphe 226 du contre-mémoire du Chili du 27 octobre 2014 dans cette procédure"*<sup>407</sup>.

<sup>402</sup> Pièce C273, Mémoire en réponse de la Défenderesse sur la resoumission du 27 octobre 2014, § 130.

<sup>403</sup> Pièce C273, Mémoire en réponse de la Défenderesse sur la resoumission du 27 octobre 2014, § 130.

<sup>404</sup> Pièce C273, Mémoire en réponse de la Défenderesse sur la resoumission du 27 octobre 2014, § 131.

<sup>405</sup> Pièce C273, Mémoire en réponse de la Défenderesse sur la resoumission du 27 octobre 2014, §§ 224 et s.

<sup>406</sup> Pièce C5, Audience du 15 juin 2015, transcription en anglais de l'intervention du Président du Tribunal, pages 163-164, 16:52 heures ; Requête en annulation du 10 novembre 2017, §§ 15 et s.

428. La Défenderesse a par la suite marqué son accord sur cette interprétation :

*"So now turning to exactly what points 3 and 4 of the dispositif say, point 3 states that the Claimants have a right to compensation, and point 4 -- we've seen it many times -- states the quantum of the amount.*

*Again, point 4 was annulled by the ad hoc committee in its annulment decision, while point 3 is res judicata and remains binding on this Tribunal.*

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

*To answer the second part of the question posed by the Tribunal, namely whether you should understand the term "compensation" as referring only to financial compensation or as referring to more generally the forms of reparation recognized under international law, again we agree with 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<sup>408</sup>.*

429. Il y avait donc un accord des parties sur la nature de la réparation à laquelle avaient droit les Demanderesses, reflétée dans le terme "compensation" tel qu'utilisé par le Tribunal Initial dans le dispositif de la Sentence Initiale et confirmé dans la Décision du premier comité *ad hoc*: il s'agissait d'une indemnité financière.

430. Pourtant, en dépit des conclusions dépourvues d'équivoque du Tribunal Initial, et de l'absence d'interprétation divergente entre les parties, le Tribunal de resoumission a décidé, de rouvrir cette question et de substituer ses propres conclusions à celles du Tribunal Initial.

(b) Le Tribunal de resoumission a rouvert un débat sur la nature de la réparation à accorder aux Demanderesses en violation de l'autorité de la chose jugée de la Sentence Initiale

431. Il a été démontré ci-dessus que l'autorité de la chose jugée de la Sentence Initiale empêchait le Tribunal de resoumission de procéder à un réexamen des parties non annulées de celle-ci, ce dont le Tribunal de resoumission avait pleinement conscience<sup>409</sup>.

432. Pourtant, en contradiction flagrante avec l'autorité de la chose jugée attachée à la nature de la réparation due aux Demanderesses, telle que démontrée ci-dessus<sup>410</sup>, le Tribunal de resoumission a rouvert cette question et procédé à un nouvel examen de celle-ci (i).

---

<sup>407</sup> Pièce C43, p. 185

<sup>408</sup> Pièce C200, Audiences du 16-04-2015, transcript, jour 4, p. 95-96, l. 12-14

<sup>409</sup> *Supra*, §§279, 281-285

<sup>410</sup> *Supra*, §§298-313

433. Cela a permis, *in fine*, au Tribunal de resoumission de substituer ses conclusions à celles - *res judicata* - du Tribunal Initial (ii).

(i) *Le Tribunal de resoumission a réexaminé la question de la nature de la réparation due aux Demanderesses*

434. Ainsi, dès les premiers paragraphes de son analyse, le Tribunal part du postulat que le terme "compensation", tel qu'utilisé par le Tribunal Initial, est sujet à interprétation.

435. Ainsi, au § 176, en même temps qu'il se réfère au dispositif de la Sentence Initiale, le Tribunal précise, en note de bas de page n°356, que "*le terme français "compensation" est traduit, dans les développements qui suivent, de manière littérale par "compensation". Le Tribunal est conscient que, par l'emploi de ce terme, il risque ainsi de présumer résolue une question importante, qui sera discutée plus amplement ci-dessous, mais il ne semble pas possible de trouver une meilleure traduction*"<sup>411</sup>.

436. Le TR semble regretter que la signification du mot soit bien cela.

437. Au § 177, le Tribunal de resoumission détaille ce qui, à ses yeux, peut donner lieu à examen dans le cadre de la procédure de resoumission :

*"Inversement, ce qui peut donner lieu à de nouveaux débats à la demande des Demanderesses, c'est la nature de la compensation qui leur est due en vertu du paragraphe 3 en raison de la violation établie au paragraphe 2, à la suite de l'annulation de l'évaluation prononcée par le Tribunal Initial au paragraphe 4"*<sup>412</sup>.

438. Cette affirmation est surprenante. La nature de la compensation pécuniaire n'a jamais fait débat devant le Tribunal initial, le Comité *ad hoc* ni le Tribunal de resoumission.

439. Au § 178, le Tribunal continue à décrire les questions qu'il considère relever de sa compétence, à savoir :

*"Devant ce tribunal les seules questions qui font encore l'objet d'un "différend" entre les Parties dans la présente procédure de nouvel examen (au regard de l'article 52(6) de la Convention) est la nature de la compensation due au titre de la ou des violations déjà établie(s) par le Tribunal Initial et, si le présent Tribunal devait conclure qu'une telle compensation doit se faire sous une forme pécuniaire, son montant"*<sup>413</sup>.

440. Encore une surprise. Aucun "*différend entre les Parties*" sur "*la nature de la compensation due au titre de la ou des violations déjà établie(s) par le Tribunal Initial*" n'a été soumis ni soulevé devant le Tribunal de resoumission.

441. Ces §§ 177-178 témoignent d'un quadruple excès de pouvoir flagrant du Tribunal sur l'étendue de sa compétence, telle que limitée a) par l'autorité de la chose jugée de la Sentence Initiale, b) la nature de la compensation à laquelle ont droit les Demanderesses

<sup>411</sup> Pièce C9f, Sentence du 13 septembre 2016, note de bas de page n°356

<sup>412</sup> *Ibid.*, § 177

<sup>413</sup> *Ibid.*, § 178

ayant déjà été tranchée par le Tribunal Initial<sup>414</sup> c) ne faisant pas l'objet d'aucun débat entre les parties<sup>415</sup> et d) la nature exclusivement pécuniaire de la compensation prévue dans l'API Espagne-Chili.

442. Persistant dans son excès de pouvoir, le Tribunal entreprend au § 199 d'interpréter le terme "compensation", afin d'examiner "*la question de savoir si cette formulation doit être comprise comme signifiant, en soi, que les Demanderesses ont un droit bien établi à une compensation pécuniaire et que la seule question qui reste à trancher dans la présente procédure de nouvel examen est l'évaluation du montant adéquat de cette compensation*"<sup>416</sup>.
443. Après avoir déterminé que "*ce n'est pas ainsi que doit être compris le sens et l'effet de la Sentence Initiale*"<sup>417</sup>, le Tribunal explique, au § 200, les raisons qui l'ont conduit à faire ce choix.
444. En premier lieu, le Tribunal explique que "les deux termes, anglais comme français, ont une connotation plus large selon le dictionnaire, qui n'est pas limitée à une réparation dans un sens purement financier"<sup>418</sup>.
445. Cette première raison a de quoi surprendre.
446. On soulignera tout d'abord que ni les Demanderesses, ni la Défenderesse, ne se sont référés "au dictionnaire" au cours de la procédure devant le Tribunal Initial, ou devant le Tribunal de resoumission. On remarquera également que le Tribunal ne prend pas la peine de mettre en avant les sources qui lui permettent de soutenir une telle affirmation, de telle sorte que son raisonnement est, pour le moins, difficilement vérifiable.
447. En deuxième lieu, le Tribunal explique que "pris dans son contexte, le paragraphe 3 du dispositif énonce de manière claire uniquement le principe général d'une réparation ; mais que ni ce paragraphe, ni le paragraphe 2 qui le précède ne cherchent à déterminer la nature du préjudice ou du dommage causé par la violation de la Défenderesse, ce qui serait le préalable essentiel à la détermination ultérieure de la nature ainsi que de l'étendue de la réparation nécessaire pour remédier à la violation".
448. Les parties ont, au cours de la procédure devant le Tribunal Initial, le premier comité *ad hoc* et le Tribunal de resoumission, fait référence aux Articles de l'API Espagne-Chili et de la CDI, ainsi qu'à d'autres sources de droit international relatives à la réparation du préjudice découlant de la violation par un État de ses engagements internationaux, de même qu'au droit chilien applicable. C'est dans ce contexte que devait se comprendre la référence par le Tribunal Initial au droit à "compensation" des Demanderesses.
449. Le Tribunal de resoumission confond également la *nature* de la réparation due aux Demanderesses, qui s'entend d'une indemnisation financière, et la *portée* de celle-ci,

---

<sup>414</sup> Supra, §§400-418

<sup>415</sup> Supra, §§419-430

<sup>416</sup> **Pièce C9f**, Sentence du 13 septembre 2016, § 199

<sup>417</sup> **Ibid.**, § 199

<sup>418</sup> **Ibid.**, § 200

c'est-à-dire qu'elle doit effectivement effacer intégralement le préjudice causé par la violation dont l'existence a été constatée par la Sentence Initiale. C'était devant le TR que devait en être élucidée la portée, du fait de la réouverture des débats à cause de l'annulation partielle de la SI.

450. La Sentence Initiale a tranché la question de l'existence d'un préjudice découlant des violations de l'API constatées par le Tribunal Initial, ainsi que la nature de la réparation due aux Demanderesses en raison de ces violations<sup>419</sup>. Il appartenait cependant au Tribunal de vérifier, lors du calcul de l'indemnité due aux Demanderesses, que celle-ci venait effectivement compenser le préjudice découlant de la violation par la Défenderesse de l'article 4 de l'API Espagne-Chili, la *restitutio in integrum*.
451. En troisième lieu, le Tribunal s'est référé à l'interprétation convergente des parties rappelée ci-dessus sur la nature de la réparation - qu'il qualifie *contra evidentiam* de "*vues fortement divergentes*".<sup>420</sup>
452. Là encore, le Tribunal persiste dans sa confusion sur la *nature* de la réparation due aux Demanderesses, et la *portée* de celle-ci.
453. Enfin, au § 201, le Tribunal, après avoir qualifié de manière quelque peu cavalière de simples "*opinions*"<sup>421</sup> l'accord des parties sur la nature de la réparation, l'écarte d'un revers de main avec pour seule explication le fait qu'il ne "*souscrit pas entièrement à l'interprétation selon laquelle le Tribunal Initial a utilisé le terme "compensation" au paragraphe 3 en tant que terme technique, spécifique et limitatif, avec l'intention de le distinguer des termes "indemnisation" ou "réparation", plus généraux*"<sup>422</sup>.
454. Puis le Tribunal poursuit, et explique qu'il "*ne voit dans la Sentence Initiale aucun signe que le Tribunal Initial entendait faire un usage systématique sur le plan conceptuel de ces divers termes qui justifierait de traiter le paragraphe 3 comme une décision délibérée que des dommages-intérêts doivent nécessairement être octroyés (à condition, bien entendu, que leur montant ait été correctement déterminé). Replaçant le paragraphe 3 dans son contexte, le Tribunal l'interprète comme établissant le droit à 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"<sup>423</sup>.*
455. Là encore, les Demanderesses ont apporté ci-avant la preuve du contraire<sup>424</sup>.
456. La conclusion que le Tribunal pense devoir tirer des développements qui précèdent est qu' "il reste alors à ce Tribunal à déterminer la nature et la forme de la "compensation" ainsi due, dans le sillage de l'annulation de l'évaluation du Tribunal Initial, telle qu'elle

<sup>419</sup> **Pièce C2**, Sentence initiale, §§665-674

<sup>420</sup> **Pièce C9**, Sentence en resoumission § 200

<sup>421</sup> **Ibid.**, § 201

<sup>422</sup> **Ibid.**, § 201

<sup>423</sup> **Ibid.**, § 201

<sup>424</sup> *Supra*, § 300 in fine.

figure au paragraphe 4 sur la base du raisonnement de la partie correspondante (Section VIII) de la Sentence Initiale"<sup>425</sup>.

457. Cette conclusion, et le raisonnement reproduit ci-dessus qui la précède, est constitutif d'un excès de pouvoir manifeste en ce que le Tribunal se départit de l'autorité de la chose jugée de la Sentence initiale pour rouvrir un débat que celle-ci a déjà amplement tranché avec l'autorité de la chose jugée.

458. Cela a ensuite permis au Tribunal, toujours en violation de l'autorité de la chose jugée de la Sentence Initiale, de substituer ses conclusions à celles du Tribunal Initial.

(ii) *Le Tribunal de resoumission a substitué ses conclusions à celles - res judicata - du Tribunal Initial*

459. Le raisonnement du Tribunal détaillé ci-dessus sert de point de départ à la suite de son analyse.

460. Ayant considéré que la nature et la forme de la réparation restaient ouvertes, et que la règle de la réparation intégrale posée à l'article 31 des Projet d'Articles dépendait "*d'un préjudice, et que ce préjudice dépend lui-même d'un lien de causalité*", le Tribunal considère qu'il lui revient ensuite "*de déterminer quel comportement a été jugé par le Tribunal Initial constituer en l'espèce "le fait illicite", puis de déterminer, à la lumière des arguments des Parties adverses, comme la règle énoncée à l'article 31 doit être appliquée aux circonstances de l'espèce*"<sup>426</sup>.

461. Les Demanderesses reviendront ci-après sur les conclusions auxquelles est arrivé le Tribunal dans la suite de son raisonnement.

462. Il suffit pour l'heure de relever que le Tribunal a décidé, que les Demanderesses n'avaient pas satisfait à la charge de la preuve<sup>427</sup> et a ensuite rejeté leur demande d'indemnisation<sup>428</sup>, leur demande au titre de l'enrichissement sans cause<sup>429</sup>, et leur demande fondée sur un préjudice moral<sup>430</sup>.

463. Au terme de sa Sentence, avant d'aborder la question des coûts, le Tribunal s'interroge sur les options qui s'offrent à lui.

464. Le Tribunal relève alors que, même s'il n'a pas accordé de dommages-intérêts aux Demanderesses, "*la Sentence du Tribunal n'affecte pas la conclusion de la Sentence Initiale selon laquelle la Défenderesse avait commis une violation de l'article 4 du TBI*

---

<sup>425</sup> **Pièce C9f**, Sentence du 13 septembre 2016, § 202

<sup>426</sup> **Ibid.**, § 204

<sup>427</sup> **Pièce C9f**, Sentence du 13 septembre 2016, § 232

<sup>428</sup> **Ibid.**, § 234

<sup>429</sup> **Ibid.**, §§ 237 et s.

<sup>430</sup> **Ibid.**, §§ 241 et s.

*en ne garantissant pas un traitement juste et équitable aux investissements des Demanderesses, en ce compris le déni de justice*"<sup>431</sup>.

465. Cette conclusion qui, de l'aveu même du Tribunal, est *res judicata* et ne constituait pas l'objet de la procédure de nouvel examen<sup>432</sup>, "correspond donc à une obligation qui pèse toujours sur la Défenderesse et une obligation qui, comme l'a conclu le Tribunal Initial, est la conséquence d'une défaillance dans le fonctionnement du système interne du Chili pour la réparation des injustices passées qui ont été reconnues"<sup>433</sup>.
466. Le Tribunal forme ensuite le vœu qu'"*une fois la présente procédure de nouvel examen terminée, la Défenderesse restera consciente de cette obligation et appréciera les conséquences à en tirer d'une manière adéquate*"<sup>434</sup>.
467. Cette idée se retrouve enfin dans le point 2 du Dispositif de la Sentence, tel que modifié par la Décision de correction, qui dispose :

*"Par ces motifs, le Tribunal décidé, à l'unanimité :*

*2) que, comme cela a déjà été indiqué par le Tribunal Initial, sa reconnaissance formelle des droits des Demanderesses et du déni de justice dont elles ont été victimes constitue en soi une forme de satisfaction au regard du droit international au titre de la violation par la Défenderesse de l'article 4 du TBI" (nous soulignons)*<sup>435</sup>.

468. Par ce paragraphe du dispositif de la Sentence, le Tribunal ne fait pas moins que substituer ce qu'il considère être une forme de réparation adéquate (la satisfaction) à celle qui avait été décidée par la Sentence Initiale avec autorité de la chose jugée (la compensation).
469. Ce paragraphe, outre qu'il est contraire à l'autorité de la chose jugée de la Sentence Initiale, témoigne d'un excès de pouvoir manifeste, flagrant, par le Tribunal de resoumission.
470. En effet, le paragraphe 4 de la Sentence en resoumission se réfère à la décision du Tribunal Initial.
471. Or, contrairement à ce qu'a déclaré le Tribunal de resoumission, la Sentence Initiale ne contient pas de décision à portée générale sur une éventuelle "satisfaction" qui viendrait réparer le préjudice des Demanderesses.
472. En effet, seul le § 704 de la Sentence Initiale, qui se situe au sein de la Section VIII annulée par le premier comité *ad hoc*, traite de la question de la satisfaction.
473. Or, il importe de souligner que ce paragraphe n'envisage que la question du préjudice moral. De plus, le Tribunal Initial ne se réfère à la notion de satisfaction qu'à titre

---

<sup>431</sup> **Ibid.**, § 244

<sup>432</sup> **Ibid.**, § 244

<sup>433</sup> **Ibid.**, § 244

<sup>434</sup> **Ibid.**, § 244

<sup>435</sup> **Ibid.**, § 256.2 tel que corrigé par la Décision de correction

d'*obiter dictum*, la raison principale pour laquelle le Tribunal initial a refusé d'octroyer des dommages-intérêts au titre du préjudice moral étant qu'il considérait que les Demanderesses n'avaient pas apporté la preuve de celui-ci :

*"Une explication complémentaire se justifie en ce qui concerne la demande relative au dommage moral. Outre le fait que les demanderesses n'ont pas apporté de preuves permettant l'évaluation d'un tel préjudice le Tribunal arbitral estime que le prononcé de la présente sentence, notamment par sa reconnaissance des droits des demanderesses et du déni de justice dont elles furent victimes, constitue en soi une satisfaction morale substantielle et suffisante"* (nous soulignons)<sup>436</sup>.

474. Au surplus, il est bien établi en droit des investissements que le mode universellement considéré comme normal de réparation du préjudice subi par l'investisseur est une indemnité financière. En effet, plusieurs tribunaux ont mis en avant le fait que la satisfaction au sens de l'article 37 des Projets d'Articles n'est pas une forme de réparation appropriée pour un investisseur en matière d'arbitrage d'investissement.

475. Ainsi, le tribunal dans l'affaire *CMS Gas Transmission Company c. République d'Argentine* a décidé que :

*"It is broadly accepted in international law that there are three main standards of reparation for injury: restitution, compensation and satisfaction. As this is not a case of reparation due to an injured State, satisfaction can be ruled out at the outset"*<sup>437</sup>.

476. De même, le tribunal dans l'affaire *Quiborax c. Bolivie* a relevé que *"some types of satisfaction as a remedy are not transposable to investor-State disputes"*<sup>438</sup>, et que *"international case law strongly suggests that some types of satisfaction are a remedy exclusively designed for States"*<sup>439</sup>.

477. La même analyse a été faite en doctrine, où il a été relevé que l'utilisation de la satisfaction en tant que type de réparation est exceptionnelle, et ne convient en règle générale que pour réparer les dommages moraux subis par un État et non par une personne physique<sup>440</sup>.

478. La constatation de la satisfaction par le Tribunal de resoumission n'a donc pas lieu d'être, et constitue une substitution de motifs contraire à l'autorité de la chose jugée de la Sentence Initiale.

<sup>436</sup> **Pièce C2**, Sentence Initiale, § 704

<sup>437</sup> **Pièce C52**, *CMS Gas Transmission Company v. Argentina*, ICSID Case No. ARB/1/8, Sentence (Orrego Vicuña, Marc Lalonde, Francisco Rezek), 12 mai 2005, citée dans la Sentence initiale du 8-05-2008, **Pièce C2**, §62. La Sentence CMS a été confirmée sur ce point dans la Décision du Comité *ad hoc* du 25 septembre 2007, **pièce C130**, accessible dans <http://bit.ly/2wFJACu>

<sup>438</sup> **Pièce CL330**, *Quiborax v. Bolivia*, ICSID Case No. ARB/06/2, Award, 16 September 2015, §§554-559)

<sup>439</sup> **Ibid.**, §§554-559) ; *LG&E c. Argentine* (Sentence finale, para. 36, note de bas de page n° 6)

<sup>440</sup> **Pièce CL332**, Dumberry (P.), "Compensation for Moral Damages in Investor-State Arbitration Disputes", *Journal of Int'l Arb.*, 2010, Vol. 27, n° 3, pp. 251-252

(c) La réouverture de la question de la nature de la réparation à laquelle les Demanderesses ont droit par le Tribunal de resoumission constitue un excès de pouvoir manifeste

479. Il a été démontré ci-dessus que le Tribunal de resoumission a ouvert à nouveau une question qui avait été tranchée par le Tribunal Initial avec autorité de la chose jugée, à savoir la nature de la réparation à laquelle avaient droit les Demanderesses<sup>441</sup>, puis a substitué sa conception de la nature de la réparation à celle décidée par le Tribunal Initial<sup>442</sup>.
480. En raison de l'effet négatif attaché à l'autorité de la chose jugée des parties non annulées de la Sentence initiale, qui limite la compétence du Tribunal de resoumission, ce réexamen et cette substitution de motifs constituent des excès de pouvoir de la part du Tribunal de resoumission.
481. Par ailleurs, dans le raisonnement qui l'a conduit à réexaminer la nature de la réparation, le Tribunal de resoumission est passé outre à l'autorité de la chose jugée de la nature pécuniaire de la compensation dans l'API, à la demande formulée par les Demanderesses fixant les termes du débat et, également, à l'accord des parties sur l'interprétation du terme "compensation", et donc sur la nature de la réparation.
482. Cet accord des parties renforce la démonstration de ce que la question de la nature de la réparation à laquelle avaient droit les Demanderesses n'était pas soumise au Tribunal de resoumission.
483. Or, il est fermement établi qu'un tribunal arbitral ne peut se déterminer sur des questions qui ne lui sont pas soumises, au risque d'excéder ses pouvoirs.
484. Comme le relève le Professeur Schreuer, au cours des travaux préparatoires de la Convention,
- "Mr. Broches explained that the clause [Article 52(1)(b)] referred to cases where the tribunal would have gone beyond the scope of the parties' agreement or compromis or would have decided points which had not been submitted to it or had been improperly submitted to it"*<sup>443</sup>.
485. Le Tribunal de resoumission a donc, là encore, excédé ses pouvoirs.
486. L'excès de pouvoir commis par le Tribunal de resoumission en relation avec le traitement de la nature de la réparation est manifeste, en ce qu'il est à la fois flagrant, et entraîne des conséquences extrêmement graves.
487. En effet, ainsi qu'il a été démontré ci-avant :
- La détermination de ce que le Tribunal Initial a tranché la question de la nature de la réparation, et que les parties étaient d'accord sur cette interprétation apparaît abondamment, clairement et sans effort à la lecture des écritures des parties devant le

---

<sup>441</sup> *Supra*, §298 et ss

<sup>442</sup> Cf *supra*, §459-469

<sup>443</sup> Schreuer (C.), The ICSID Convention, Art. 52, § 131

Tribunal de resoumission, du transcript des audiences devant ce Tribunal, et de la Sentence de resoumission<sup>444</sup> ;

- La détermination de ce que le Tribunal de resoumission a substitué ses conclusions sur la satisfaction à la décision du Tribunal Initial sur la compensation résulte de la simple lecture de la Sentence de resoumission, de la Sentence Initiale et de la Décision du premier comité *ad hoc*<sup>445</sup>.

488. Il s'ensuit que l'excès de pouvoir commis par le Tribunal de resoumission est évident, flagrant, ou discernable sans effort<sup>446</sup>.

489. Par ailleurs, les conséquences de cet excès de pouvoir sont particulièrement graves.

490. En effet, en considérant qu'il avait le pouvoir de réexaminer la question de la nature de la réparation à accorder aux Demanderesses, et en interprétant le terme "compensation" comme ne faisant pas nécessairement référence à une réalité pécuniaire, le Tribunal de resoumission a ouvert la voie à la reconsidération **de l'existence même** d'un préjudice subi par les Demanderesses<sup>447</sup>, qui découlait pourtant nécessairement des conclusions du Tribunal initial concernant la violation par la Défenderesse de l'article 4 de l'API Espagne-Chili.

491. C'est en réalité grâce à cette réinterprétation du terme "compensation" dans un sens contraire à celui qui était le sien dans la Sentence Initiale que le Tribunal de resoumission a pu, en définitive, aboutir à la conclusion que les Demanderesses n'auraient subi aucun préjudice du fait de la violation par la Défenderesse de l'article 4 de l'API Espagne-Chili, ainsi qu'il sera démontré ci-après.

492. Ce faisant, le Tribunal de resoumission a purement et simplement privé d'effet, dans une annulation qui ne dit pas son nom, la Sentence Initiale rendue au profit des Demanderesses.

493. Pour cette raison seule, l'annulation de la Sentence que sollicitent les Demanderesses est justifiée.

### **2.3.3.3 Le Tribunal de resoumission a remis en cause l'existence même du préjudice subi par les Demanderesses**

494. En décidant que les Demanderesses "ont droit à compensation"<sup>448</sup> à raison de la violation par l'État-Défendeur 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

---

<sup>444</sup> *Supra* §§ 401-430

<sup>445</sup> *Supra* §459 et ss.

<sup>446</sup> *Supra* §494 et ss.

<sup>447</sup> **Pièce C9f**, Sentence de resoumission du 13 septembre 2016, § 218 : "*ce qui doit être prouvé est à la fois l'existence d'un préjudice pour le demandeur et le fait que ce préjudice particulier est la conséquence suffisamment immédiate de la violation spécifique*".

<sup>448</sup> **Pièce C2**, Sentence Initiale, §674 et point 3 du Dispositif

justice"<sup>449</sup>, la Sentence initiale a nécessairement décidé que les Demanderesses avaient subi un préjudice causé par cette violation (a).

495. La Sentence de resoumission a méconnu l'autorité de la chose jugée de la Sentence Initiale sur ce point.
496. Bien plus, le Tribunal de resoumission a fait droit à un argument du Chili relatif à l'absence de préjudice qu'auraient subi les Demanderesses, argument qui avait déjà été rejeté par le Tribunal initial et par le premier comité *ad hoc* (b).
497. En se départant ainsi de l'autorité de la chose jugée de la Sentence Initiale, le Tribunal de resoumission a commis un excès de pouvoir manifeste au sens de l'article 52(1)(b) de la Convention (c).

(a) La Sentence Initiale a considéré que les Demanderesses avaient nécessairement subi un préjudice causé par la violation de l'API Espagne-Chili par la République du Chili

498. Ainsi qu'il a été rappelé ci-dessus, la Tribunal Initial, après s'être déclaré compétent pour connaître des violations alléguées par la République du Chili de l'article 4 de l'API Espagne-Chili commises à partir des 28 avril 2000 (la "Décision 43") et le 4 novembre 2002<sup>450</sup>, a procédé à l'analyse des deux questions suivantes:

*-"celle de savoir si l'absence de toute décision par les juridictions chiliennes pendant une période de sept années (1995-2002), d'une part, et l'absence de réponse de la Présidence aux requêtes de M. Pey Casado, d'autre part, sont constitutives d'un déni de justice"<sup>451</sup>;*

*-"celle de savoir si les investissements reconnus par le Tribunal arbitral comme ayant été faits par M. Pey Casado ont bénéficié du "traitement juste et équitable" prescrit par l'API"<sup>452</sup>.*

499. Le Tribunal Initial a par la suite considéré que les autorités chiliennes s'étaient rendues coupables d'un déni de justice dont l'absence de réponse aux réclamations de M. Pey Casado est une des composantes<sup>453</sup>:

*"Sur la première question, la réponse ne peut être que positive, au regard des faits établis et déjà retenus par le Tribunal arbitral, l'absence de toute décision par les tribunaux civils chiliens sur les prétentions de M. Pey Casado s'analysant en un déni de justice. En effet, l'absence de décision en première instance sur le fond des demandes des parties demanderesses pendant sept années, c'est-à-dire entre septembre 1995 et le 4 novembre 2002 (moment de l'introduction de la demande complémentaire dans la présente procédure) doit être qualifié comme un déni de justice de la part des tribunaux chiliens"<sup>454</sup>.*

<sup>449</sup> **Ibid.**, point 2 du Dispositif

<sup>450</sup> **Ibid.**, §§650-674

<sup>451</sup> **Ibid.**, § 658

<sup>452</sup> **Ibid.**, § 658

<sup>453</sup> **Ibid.**, §674

<sup>454</sup> **Ibid.**, § 659 et s.

500. Il a également considéré que la République du Chili avait violé son obligation de faire bénéficier les Demanderesses d'un traitement juste et équitable :

*"Sur la seconde question, celle de savoir si les investissements des demanderesses ont bénéficié d'un traitement juste et équitable, une réponse négative s'impose de l'avis du Tribunal arbitral, compte tenu des conclusions auxquelles il est parvenu précédemment aux termes de son appréciation des preuves et de son analyse juridique. En bref, il s'agit de la conclusion selon laquelle M. Pey Casado a bien démontré avoir procédé à des investissements et être propriétaire de biens meubles ou immeubles qui ont été confisqués par l'autorité militaire chilienne"<sup>455</sup>.*

501. En conclusion de son raisonnement, le Tribunal Initial a décidé, comme on a vu, que :

*"Dans le cas d'espèce, en résumé, en accordant des compensations – pour des raisons qui lui sont propres et sont restées inexplicées – à des personnages qui, de l'avis du Tribunal arbitral, n'étaient pas propriétaires des biens confisqués, en même temps qu'elle paralysait ou rejetait les revendications de M. Pey Casado concernant les biens confisqués, la République du Chili a manifestement commis un déni de justice et refusé de traiter les demanderesses de façon juste et équitable"<sup>456</sup>.*

502. Le raisonnement du Tribunal Initial au cours des premiers paragraphes du Chapitre VIII **-qui reproduisent et renvoient à des paragraphes du Chapitre VII non annulés-** permet de comprendre que le Tribunal Initial a tiré des violations de l'API Espagne-Chili rappelées ci-dessus l'obligation pour la Défenderesse d'indemniser les Demanderesses du préjudice qui résultait nécessairement de celles-ci. Bien que, du fait de l'annulation partielle, la portée et l'étendue -donc le montant de la compensation- demeureraient à déterminer, d'où la mission du Tribunal de resoumission.

503. Ainsi, au § 675, le Tribunal Initial rappelle les conclusions auxquelles il est arrivé dans les Chapitres précédents :

*"Le Tribunal arbitral a constaté précédemment, outre sa compétence pour statuer sur la demande d'arbitrage formulée auprès du CIRDI par la première et par la seconde demanderesse, que, sur le fond, M. Pey Casado était bien le propriétaire des biens confisqués par les autorités chiliennes et que l'investissement n'avait pas fait l'objet du "traitement juste et équitable" prescrit par l'API. En d'autres termes, il a constaté que la défenderesse avait commis un déni de justice et violé, avec la Décision n°43 du 28 avril 2000 et son application, l'obligation d'accorder à l'investissement un traitement juste et équitable"<sup>457</sup>.*

504. Au § 679, il explique ce qui lui reste à faire en ces termes :

*"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*

---

<sup>455</sup> **Ibid.**, § 665 et s.

<sup>456</sup> **Ibid.**, § 674.

<sup>457</sup> **Ibid.**, § 675.

précède, quant à l'obligation d'indemniser, son exécution concrète et le calcul de son montant" (nous soulignons)<sup>458</sup>.

505. Au §681, le Tribunal Initial explique qu'il existe nécessairement pour les Demanderesses un préjudice résultant des violations par la Défenderesse de l'article 4 de l'API Espagne-Chili :

*"Quelle qu'ait pu être la base juridique retenue par la défenderesse dans sa décision d'indemniser, le Tribunal arbitral, lui, ne peut que se fonder sur le droit international pour constater le déni de justice et le dommage résultant nécessairement du traitement (non "juste et équitable") réservé à l'investissement"* (nous soulignons)<sup>459</sup>.

506. Les paragraphes précités, qui rappellent ou renvoient à des paragraphes des Chapitres non annulés par le premier comité *ad hoc*, permettent de comprendre que la Sentence Initiale a considéré, par l'effet combiné des paragraphes 1, 2 et 3 de son dispositif, et des développements dans le corps de la Sentence qui en constituent le soutien nécessaire, que les Demanderesses avaient subi un préjudice causé par les violations de l'API Espagne-Chili par la Défenderesse après la date du 3 novembre 1997.

507. L'existence de ce préjudice, de même que son rapport causal avec les violations de l'API Espagne-Chili constatées par le Tribunal Initial, ont autorité de la chose jugée.

508. Il ne restait au Tribunal Initial qu'à établir le *quantum* venant compenser ce préjudice.

509. C'est sur "*le raisonnement*", le "*processus*" suivi de la détermination de ce *quantum* que la Sentence Initiale a été partiellement annulée.

510. En effet, la Sentence Initiale relève dans un premier temps que "l'argumentation des demanderesses concernant l'évaluation du dommage (...) se réfère à l'expropriation intervenue au Chili dans la période 1973-1977, notamment en 1975, et confirmée par la suite"<sup>460</sup>.

511. Le Tribunal Initial considère ensuite que "*les demanderesses n'ont pas apporté de preuve, ou de preuve convaincante, ni par pièces, ni par témoignage, ni par expertise, des importants dommages allégués 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*"<sup>461</sup>.

512. Néanmoins, et sans donner l'opportunité aux parties de s'exprimer sur ce point, le Tribunal Initial a ensuite décidé de procéder lui-même au calcul du *quantum*, sur la base de la compensation qui avait été accordée par la Décision No. 43<sup>462</sup>.

513. Cette décision a motivé la censure du premier comité *ad hoc* en raison de la violation grave d'une règle de procédure fondamentale :

---

<sup>458</sup> **Ibid.**, § 679.

<sup>459</sup> **Ibid.**, § 681

<sup>460</sup> **Ibid.**, § 686.

<sup>461</sup> **Ibid.**, § 689.

<sup>462</sup> **Ibid.**, § 692 et s.

"Le Comité est de l'avis que, même si l'on suppose, pour les besoins de la discussion, que le Tribunal disposait d'un tel pouvoir, il aurait dû accorder à chaque partie le droit de présenter ses arguments et de contredire ceux de l'autre partie. Après examen de l'ensemble du dossier, notamment des arguments des parties, le Comité ne peut que conclure que les parties n'ont jamais débattu des dommages découlant des violations de l'article 4 de l'API" (nous soulignons)<sup>463</sup>.

514. Il est manifeste que le Comité *ad hoc* y tient expressément compte de ce que les Demanderesses ont soutenu devant lui, à savoir qu'elles n'avaient pas été entendues par le Tribunal initial pour ce qui concernait leur prétention principale pour calculer le *quantum*, à savoir son équivalence avec le montant résultant de la confiscation:

"Comme elles l'ont expliqué dans leur Contre-mémoire sur l'annulation, les Demanderesses ont soutenu, lors de l'audience de janvier 2007, que l'indemnisation due 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." (nous soulignons)<sup>464</sup>

"de l'avis du Comité, le Tribunal ne pouvait pas examiner les éléments de preuve et parvenir à une telle conclusion sans avoir donné aux deux parties la possibilité de présenter leurs arguments sur le critère d'indemnisation applicable et l'évaluation des dommages-intérêts au titre de la violation de l'article 4 de l'API. Le Comité est d'accord avec le comité *ad hoc* dans *Klöckner I* sur le fait que rouvrir la procédure avant d'arriver à une décision et permettre aux parties de faire valoir leurs vues (...) n'était pas simplement une question d'opportunité, mais une nécessité (...)." <sup>465</sup> (nous soulignons)

515. Le premier comité a pris soin de préciser qu'il avait "conclu à 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"<sup>466</sup>.
516. Le premier comité *ad hoc* a par la suite également annulé partiellement la Sentence Initiale pour contradiction de motifs, ce qui sera discuté ci-après<sup>467</sup>.
517. Il reste qu'en décidant que les Demanderesses avaient droit à compensation, le Tribunal initial a nécessairement considéré qu'il existait un préjudice à compenser à leur profit, causé par les violations de l'article 4 de l'API Espagne-Chili par la Défenderesse, que cette conclusion était revêtue de l'autorité de la chose jugée, et que le Comité *ad hoc* a fait droit à ce que les Demanderesses aient la possibilité de défendre la position que le *dies a quo* pour calculer le montant de la compensation était bien celui de la saisie de l'investissement le 11 septembre 1973 "étant donné que la violation de l'API par le Chili" dans les actes survenus à partir de mai 2000 enfreignant l'article 4, "avait pour conséquence d'empêcher les Demanderesses d'obtenir une indemnisation au titre de la

<sup>463</sup> Pièce C20, Décision du premier Comité *ad hoc*, § 262 et s.

<sup>464</sup> *Ibid.*, §266

<sup>465</sup> *Ibid.*, §267

<sup>466</sup> *Ibid.*, § 271.

<sup>467</sup> *Infra*, § 263 et ss.

*confiscation*" (en d'autres termes, la conséquence d'avoir "paralysé" pendant plus de sept années le prononcé du Jugement interne devant constater la "nullité de droit public" du Décret confiscatore, en vertu de la force impérative de l'article 7 de la Constitution).

518. Ce droit des Demanderesses, et les preuves factuelles et légales à l'appui "de cette équivalence" dans la date initiale pour évaluer le montant des dommages subis, le Tribunal de resoumission l'a complètement dénié *in limine litis* lorsqu'il affirme, *contra evidentiam*, que ce serait contraire à la Décision du Comité *ad hoc* :

*"Le Tribunal ajoute (...) que, si la question avait été soumise à sa décision, il aurait été disposé à faire droit à l'objection de la Défenderesse à la recevabilité de toutes les parties des arguments des Demanderesses relatifs aux dommages qui étaient fondées directement ou implicitement sur la valeur de confiscation de l'investissement initial, comme étant diamétralement contraires (...) à la Décision sur l'annulation rendue par le Comité ad hoc."*<sup>468</sup>

*"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 (...) était en tout état de cause formellement exclu par (...) la Décision sur l'annulation."*<sup>469</sup>

519. Or, comme on vient de le lire, le Comité *ad hoc* a motivé son annulation partielle de la Sentence initiale, entre autres, parce que le Tribunal initial n'avait pas accordé aux Demanderesses l'opportunité de soutenir leurs arguments à l'appui précisément de cette "équivalence".
520. Bref, le TR a manifestement raisonné par une confusion entre la question de la validité ou non d'un chiffre fondé sur la valeur de l'entreprise au moment de la confiscation et une prétendue résurgence subreptice d'une demande *ex* article 5 de l'API, ce qui n'a rien à voir.

(b) La Sentence de resoumission a remis en cause l'existence même du préjudice subi par les Demanderesses

521. Il a été rappelé ci-dessus que le Tribunal de resoumission a interprété le terme "compensation" comme ne signifiant pas que la nature de la réparation à laquelle avaient droit les Demanderesses avait été tranchée, en violation de l'autorité de la chose jugée de la Sentence Initiale<sup>470</sup>.

522. En particulier, le Tribunal a considéré que :

*"[I]l n'interprète pas ce paragraphe [le paragraphe 3 du dispositif de la Sentence Initiale] comme dispensant une partie qui demande des dommages-intérêts de son obligation normale de prouver le préjudice ainsi que le lien de causalité"*<sup>471</sup>.

<sup>468</sup> Pièce C9f, Sentence en resoumission, §236

<sup>469</sup> *Ibid.*, §244

<sup>470</sup> *Supra*, §§298 et ss

<sup>471</sup> Pièce C9f, Sentence de resoumission, § 201

523. Ici le TR introduit une confusion manifeste entre existence d'un préjudice et justification de la portée de l'ampleur dudit préjudice.

524. À partir de cette interprétation, le Tribunal de resoumission a rouvert un débat sur l'existence du préjudice subi par les Demanderesses et le lien de causalité avec les violations de l'API Espagne-Chili (i), au cours duquel le Tribunal a fait droit à l'argumentation de la Défenderesse qui avait déjà été rejetée par le Tribunal Initial et le premier comité *ad hoc* (ii).

(i) Le Tribunal a procédé à un nouvel examen de la question de l'existence du préjudice et de son lien de causalité avec les violations de l'API Espagne-Chili

525. Au § 207 de la Sentence, le Tribunal de resoumission reconnaît qu'il "*doive s'interdire, conformément au Règlement d'arbitrage du CIRDI, d'examiner à nouveau, dans le cadre de la présente procédure de nouvel examen, toute partie de la Sentence Initiale qui n'a pas été annulée*"<sup>472</sup>, mais que "*cela ne l'empêche pas, à son avis, de procéder à une interprétation de la Sentence Initiale, aux fins d'accomplir sa mission en vertu de la Convention CIRDI et du Règlement d'arbitrage du CIRDI*"<sup>473</sup>.

526. Ayant pris connaissance des conclusions du Tribunal Initial sur les violations de l'API Espagne-Chili<sup>474</sup>, le Tribunal énonce que "*sa mission se limite (comme indiqué ci-dessus) à établir le préjudice dont il est prouvé qu'il a causé aux Demanderesses par la violation ci-dessus, puis à déterminer la réparation adéquate de ce préjudice conformément au droit international*" (nous soulignons)<sup>475</sup>.

527. Cette compréhension est réitérée au § 217<sup>476</sup>, puis le Tribunal énonce au § 218 que :

*"Le Tribunal commence par souligner le fait que le préjudice en question doit être celui causé par la violation spécifique. Le lien de causalité est une condition essentielle. Ce qui doit être prouvé est à la fois l'existence d'un préjudice pour le demandeur et le fait que ce préjudice particulier est la conséquence suffisamment immédiate de la violation spécifique"* (nous soulignons)<sup>477</sup>.

528. Puis, après analyse de la Sentence Initiale, le Tribunal de resoumission conclut au § 230 que :

*"a) au-delà de sa description, dans des termes quelque peu obscurs, de ce qui a constitué la violation de la garantie d'un traitement juste et équitable, le Tribunal Initial n'a pas déterminé quel préjudice a été causé aux Demanderesses par cette violation ou ses éléments constitutifs ;*

---

<sup>472</sup> *Ibid.*, § 207

<sup>473</sup> *Ibid.*, § 207

<sup>474</sup> *Ibid.*, §§ 207-210

<sup>475</sup> *Ibid.*, § 211

<sup>476</sup> *Ibid.*, § 217 : "*Etant donné que la première étape, c'est-à-dire la constatation de la violation, a déjà donné lieu à une décision ayant force obligatoire dans la Sentence Initiale, le Tribunal peut passer à la seconde, la détermination du préjudice causé par la violation*".

<sup>477</sup> *Ibid.*, § 218

*b) il reste donc à déterminer la nature et l'étendue de ce préjudice ;*

*c) 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" (nous soulignons)<sup>478</sup>.*

529. Le TR cible ici sa révision de la Sentence initiale :

- en (a), en parlant de ce que le Tribunal initial n'aurait pas déterminé "quel préjudice", il nie "l'impact" clairement identifié par le Tribunal initial et qui contient déjà en germe la ligne d'engendrement des "séquelles". Le TI n'aurait ainsi constaté que des causes abstraites n'incorporant aucune ligne de développement concret. Tout serait à découvrir !
- En (b) la confusion reprise au §231 qui justifie (c) : tout "impact" repéré par le Tribunal initial ayant disparu, les "séquelles" étayées par les Demanderesses demeurent des formes dans les nuages !
- En (c) en s'élevant contre la décision du Comité ad hoc du 18 décembre 2012 qui avait rejeté la prétention du Chili selon laquelle les Demanderesses n'auraient pas satisfait à la charge de la preuve correspondante dans l'arbitrage initial :

Décision du Comité ad hoc<sup>479</sup>

*"(ii) Charge de la preuve*

*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 préjudice qui pesait sur elles.*

*"Position du Chili*

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

*274. Le Chili soutient que:*

*Because the Tribunal rendered such determination on damages against the Respondent 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, it is evident that the Tribunal disregarded even its own standards on the issue, and improperly reversed the burden of proof.*

<sup>478</sup> **Ibid.**, Sentence de resoumission, § 230

<sup>479</sup> **Pièce C20**, pages 141-143

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.

#### **Analyse du Comité**

277. (...) afin de dissiper tout doute en ce qui concerne la Demande du Chili, le Comité décide de la rejeter."

530. Enfin, au § 231, le Tribunal explique que "la question qui demeure pour le Tribunal, et il s'agit de la question centrale dans la présente instance de nouvel examen, est celle de savoir si, et dans quelle mesure, les Demanderesses ont satisfait à la charge de prouver quel préjudice a été causé à l'une ou/et l'autre du fait de la violation par la Défenderesse de la norme de traitement juste et équitable du TBI, puis d'établir en termes financiers le dommage quantifiable correspondant" (nous soulignons)<sup>480</sup>.
531. Le raisonnement du Tribunal reproduit ci-dessus est en contradiction avec la conclusion du Tribunal Initial, *res judicata*, que les Demanderesses ont subi un préjudice causé par les violations de l'article 4 de l'API Espagne-Chili par la Défenderesse soumises à l'arbitrage en mai 2000 et le 4 novembre 2002<sup>481</sup>, dont l'impact est très clair, indiquant dans quelles considérations résident la détermination des suites.
532. Contrairement à l'interprétation que fait le Tribunal de resoumission de la Sentence Initiale, celle-ci s'était déjà prononcée sur l'existence d'un préjudice, et considéré que celui-ci avait été causé par les violations de l'article 4 de l'API Espagne-Chili par la Défenderesse.
533. Il appartenait donc seulement au Tribunal de resoumission de constater par l'éclairage porté sur la suite la nature de ce préjudice, et de procéder à son chiffrage.
534. Le Tribunal est allé bien plus loin, et a considéré que "*les Demanderesses n'ont pas satisfait à cette charge de la preuve [de prouver le préjudice] ; en effet, 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*"<sup>482</sup>.
535. Or, ainsi qu'il a été démontré ci-avant, la Sentence initiale a établi l'existence d'un préjudice et le lien de causalité entre celui-ci et les violations de l'API, *res iudicata*.
536. En allant au-delà de ce que sa compétence lui permettait, le Tribunal de resoumission a donc commis un excès de pouvoir.
537. Il y a plus, le Tribunal ayant par la suite fait droit à un argument de la Défenderesse selon lequel les Demanderesses n'auraient subi aucun préjudice. Or, cet argument avait été rejeté par le Tribunal Initial et le premier comité *ad hoc*.

<sup>480</sup> Pièce C9f, Sentence de resoumission, §231

<sup>481</sup> Pièce C2, Sentence initiale, §665-674, points 2 et 3 du Dispositif

<sup>482</sup> Pièce C9f, Sentence de resoumission, § 232

(ii) La Sentence de resoumission a fait droit à un argument de la Défenderesse précédemment rejeté par la Sentence initiale et le premier comité ad hoc

538. Au paragraphe 232 de la Sentence en resoumission, le Tribunal reprend l'argumentation soutenue par le Chili en vue de déstructurer l'articulation que la SI spécifie dans les §§210 *in fine*, 215, 217, 444, 665-674 entre la décision de justice du 29 mai 1995, la non réponse des autorités exécutives, administratives et judiciaires aux réclamations de M. Pey, la Décision 43 et la paralysie du Jugement attendu dans le 1<sup>er</sup> Tribunal de Santiago -une articulation qui établit le préjudice porté à l'ensemble de l'investissement- afin de conclure que les Demanderesses n'auraient subi aucun préjudice du fait des violations de l'API :

- Les demanderesses n'auraient subi aucun dommage en raison de l'affaire de la rotative Goss, "*car ce qui était demandé dans cette affaire, c'était la restitution de la rotative ou une indemnisation au titre de sa confiscation, demande qui a été le moment venu englobée dans la version longue des demandes des Demanderesses dans l'arbitrage initial et a été rejetée par le Tribunal Initial au motif qu'elle était en dehors du champ du TBI*"
- Les Demanderesses n'auraient subi aucun dommage en raison de la Décision n°43 car "*[elles] 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). Ou la Défenderesse a présenté la question d'une manière différente, en soutenant que, 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*".

539. Au paragraphe 233 de la Sentence, le Tribunal déclare cette argumentation "*parfaitement fondée*".

540. Or l'argumentaire du Chili, de même que la Sentence qui y fait droit se heurtent à l'autorité de la chose jugée de la Sentence initiale.

541. D'une part, l'existence du préjudice subi par les Demanderesses a été établie par le Tribunal Initial sur l'ensemble de l'investissement compris comme un tout et a l'autorité de la chose jugée<sup>483</sup>.

542. Le Tribunal ne pouvait donc faire droit à une argumentation soutenant le contraire.

543. D'autre part, la Sentence Initiale a clairement identifié les violations de l'API pour lesquelles le Chili a été condamné. Ces violations dont encore une fois l'impact - recelant la perspective des suites- est parfaitement claire, résultent de l'articulation (§674) des actes survenus à partir de mai 2000 consistant

- (i) à accorder des compensations pour l'ensemble de l'investissement à des personnages qui, de l'avis du Tribunal arbitral, n'étaient pas propriétaires des biens confisqués,

---

<sup>483</sup> *Supra*, §693, 694

- (ii) en même temps qu'il paralysait la procédure traitée dans le 1<sup>er</sup> Tribunal civil de Santiago (où M. Pey avait demandé de constater *ex officio* la nullité de droit public du Décret n° 165 afin de récupérer les presses GOSS, alors que le Conseil de Défense de l'État y alléguait "*la validité du Décret Suprême n° 165*"<sup>484</sup>),
- (iii) ou rejetait les revendications de M. Pey Casado,
- (iv) concernant la totalité des biens confisqués,
- (v) la conséquence de cet ensemble d'actions ayant "*manifestement commis un déni de justice et refusé de traiter les demanderesses de façon juste et équitable*",
- (vi) dont le dommage causé aux Demanderesses devait être compensées (para 3 du Dispositif de la SI).

544. C'est donc sur la base de ces actes postérieures à l'année 2000 que le Tribunal initial a reconnu l'existence d'un préjudice nécessairement causé aux Demanderesses, et reconnu à leur profit un droit à compensation pécuniaire afin de le réparer.

545. En soutenant que la "*violation réelle*" établie par la Sentence Initiale serait constituée par deux actes indépendants l'un de l'autre, l'absence de restitution de la presse Goss et l'absence d'indemnisation au titre de la décision n°43, la SR est donc allée à l'encontre de l'autorité de la chose jugée de la structure et de l'articulation interne de cause à effet entre violations à l'article 4 de l'API, dommage et indemnisation pécuniaire dans Sentence initiale.

546. Il y a lieu de souligner par ailleurs que la Défenderesse avait déjà présenté au premier comité *ad hoc* une argumentation similaire, qui avait été rejetée<sup>485</sup>.

547. En effet, devant le premier comité *ad hoc*, la Défenderesse avait également argumenté que les Demanderesses n'avaient pu subir de préjudice du fait de la Décision n° 43, en raison de l'initiation de la procédure CIRDI qui les avait empêchées de participer aux procédures d'indemnisation devant les autorités administratives chiliennes<sup>486</sup>.

548. Cette argumentation avait également été rejetée par le premier comité *ad hoc*, qui avait considéré 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"<sup>487</sup>.

549. Le Tribunal de resoumission ne pouvait donc pas faire droit à une prétention de la République du Chili qui avait été précédemment rejetée par le TI et le premier comité *ad hoc* qui a déclaré ledit rejet *res iudicata*.

---

<sup>484</sup> **Pièce C2**, Sentence initiale, §78

<sup>485</sup> Requête en annulation du 10 novembre 2017, §§ 229 et s.

<sup>486</sup> **Pièce C20**, Décision du Comité *ad hoc*, § 229 et s.

<sup>487</sup> **Ibid.**, § 233.

(c) Le raisonnement du Tribunal constitue un excès de pouvoir manifeste

550. Il a été démontré ci-dessus et dans la Requête en annulation<sup>488</sup> que le Tribunal de resoumission, en exigeant des Demanderesses qu'elles démontrent l'existence du préjudice qu'elles avaient subi, et le rapport de causalité avec les violations de l'article 4 de l'API constatées dans la Sentence Initiale, a rouvert des questions déjà tranchées par celle-ci, en violation de l'autorité de la chose jugée de la Sentence initiale.
551. Il en va de même pour l'admission, par le Tribunal de l'argument du Chili selon lequel les Demanderesses n'auraient subi aucun préjudice à raison des violations de l'article 4 de l'API Espagne-Chili par la Défenderesse, alors que ce même argument avait été rejeté par le premier comité *ad hoc*.
552. Ce faisant, le Tribunal se rend coupable d'un excès de pouvoir.
553. Cet excès de pouvoir, qui apparaît clairement à la lecture comparée de la Sentence Initiale et de la Sentence de resoumission, revêt un caractère manifeste.
554. Il est par ailleurs particulièrement grave. En effet, après avoir considéré qu'il manquait de compétence sur les questions surgies entre les parties après le 3 novembre 1997, qu'il appartenait aux Demanderesses d'apporter **la preuve du préjudice** qu'elles subissaient tout en refusant *in limine litis* la preuve de ce que la compensation due par la violation de l'article 4 de l'API après mai 2000 était équivalente à celle résultant de la confiscation de l'investissement -point qu'il appartenait d'élucider durant la procédure de resoumission faute d'avoir pu l'aborder durant la procédure initiale, l'une des raisons de l'annulation partielle- le Tribunal de resoumission a conclu que les arguments de la Défenderesse concernant l'absence **de préjudice** subies par les Demanderesses du fait des violations de l'API retenues par la Sentence initiale étaient fondés, le TR a rejeté en définitive les prétentions indemnitaires des Demanderesses en raison de la non satisfaction de la charge de la preuve. Or, il ne leur appartenait pas de rapporter cette preuve, **l'existence d'un préjudice ayant déjà été tranché par le Tribunal Initial avec l'autorité de la chose jugée**, de même que l'obligation d'indemniser, il ne restait au Tribunal de resoumission que "*le calcul de son montant*" (§679 de la Sentence initiale et §§223, 271 et 286 de la Décision du premier comité *ad hoc*), qui impliquait évidemment la détermination préalable de la portée et de l'ampleur des préjudices, auxquelles les Demanderesses se sont légitimement attachées.
555. Pour ces raisons, la Sentence encourt l'annulation dans sa totalité.

#### **2.3.3.4 Le Tribunal a décliné indûment sa compétence pour fixer le montant de la compensation s'agissant du déni de justice constaté par la Sentence initiale**

556. La Sentence Initiale a établi la compétence du Tribunal pour les actes postérieurs à la requête d'arbitrage (a).
557. Le Tribunal de resoumission, en violation de l'autorité de la chose jugée attachée à cette détermination, a décliné sa compétence pour connaître des faits relatifs au déni de

---

<sup>488</sup> Voir les Sections III.3, III.4 et III.5

justice intervenus depuis la Sentence Initiale (b), commettant ainsi un excès de pouvoir manifeste (c).

(a) La Sentence Initiale a conclu à la compétence du Tribunal Initial pour les actes de la République du Chili postérieurs à la date du 3 novembre 1997

558. Aux points 1 et 2 du Dispositif de la Sentence Initiale, le Tribunal Initial s'est déclaré compétent pour connaître des litiges survenus entre les demanderesse et la République du Chili à partir de 2000, et a constaté que la Défenderesse avait violé son obligation de faire bénéficier les Demanderesses d'un traitement juste et équitable, en ce compris celle de s'abstenir de tout déni de justice<sup>489</sup>.

559. En particulier, une large partie du différend pour lequel le Tribunal Initial s'est déclaré compétent est relatif à des faits intervenus après la requête d'arbitrage initiale du 3 novembre 1997.

560. Ainsi, aux §§ 419 et suivants de la Sentence Initiale, le Tribunal Initial entreprend de vérifier que la condition d'application *ratione temporis* de l'API est remplie.

561. Dans un premier temps, aux §§ 434 et suivants de la Sentence Initiale, le Tribunal initial vérifie si les différends invoqués par les Demanderesses sont survenus après l'entrée en vigueur de l'API Espagne-Chili, le 29 mars 1994.

562. Le Tribunal Initial conclut que tel est bien le cas :

- Pour le différend concernant les réclamations des Demanderesses couvrant la totalité de leur investissement, qui s'est cristallisé à partir de la décision d'un Tribunal de Justice de Santiago du 29 mai 1995 de reconnaître la propriété de M. Pey Casado sur la totalité des actions de la société CPP<sup>490</sup> ;
- Pour le différend relatif aux conséquences de la Décision n° 43, qui s'est cristallisé dès le mois de mai 2000<sup>491</sup> ;
- Pour le différend relatif au déni de justice lié à la paralysie de la procédure traitée devant le 1<sup>er</sup> Tribunal civil de Santiago, qui s'est cristallisé au cours des années 2002-2003<sup>492</sup>.

563. La conclusion du Tribunal Initial au § 465 de la Sentence Initiale, ne laisse pas de place au doute : "[L]e Tribunal conclut que les trois différends invoqués par les demanderesse sont bien survenus postérieurement à l'entrée en vigueur de l'API et qu'il est en conséquence compétent *ratione temporis* pour en connaître"<sup>493</sup>.

<sup>489</sup> **Pièce C2**, Sentence Initiale, §§665-674 et points 2 et 3 du Dispositif.

<sup>490</sup> **Ibid.**, Sentence Initiale, §§ 444-447 ; et 563 et s.

<sup>491</sup> **Ibid.**, §§ 452-453 ; et 563 et s.

<sup>492</sup> **Ibid.**, §§ 459 et s ; et 563 et s.

<sup>493</sup> **Ibid.**, §§ 465 ; et 563 et s.

564. Comme l'explique immédiatement après le Tribunal Initial au § 466 de la Sentence Initiale, il lui restait ensuite à déterminer si les dispositions de fond de l'API étaient applicables à l'ensemble des violations alléguées par les Demanderesses<sup>494</sup>.
565. Dans un second temps, le Tribunal Initial a procédé à cette analyse, aux §§ 575 et s. de la Sentence Initiale.
566. Il résulte de celle-ci que :
- Les dispositions de l'API ne sont pas applicables aux actes d'expropriation antérieurs à son entrée en vigueur<sup>495</sup>, en conséquence la Requête initiale du 3 novembre 1997, fondée sur l'article 5 de l'API (expropriation), a été rejetée;
  - Les dispositions de l'API sont applicables au différend né après la Décision n° 43 du 28 avril 2000<sup>496</sup> ;
  - Les dispositions de l'API sont applicables aux actes de déni de justice et discrimination postérieurs au 3 novembre 1997 soumis à l'arbitrage par les Demanderesses le 4 novembre 2002<sup>497</sup>.
567. En définitive, il résulte de la décision du Tribunal Initial que la compétence de celui-ci s'étend au différend concernant des actes surgis après la requête d'arbitrage initiale du 3 novembre 1997.
568. Ainsi qu'il a été rappelé ci-avant, le Tribunal Initial a par la suite considéré que la République du Chili avait violé l'article 4 de l'API Espagne-Chili en relation avec ces actes postérieurs au 3 novembre 1997<sup>498</sup>, en particulier en commettant un manquement au traitement juste et équitable, en ce compris le déni de justice, sur l'ensemble de l'investissement des Demanderesses protégé par l'API (article 2(2)).
569. Les décisions du Tribunal Initial reproduites ci-dessus ont autorité de la chose jugée.

---

<sup>494</sup> **Ibid.**, §§ 466 : "*Cela ne signifie pas pour autant que les dispositions de fond de l'API sont applicables à l'intégralité des violations alléguées par les Demanderesses. En effet, en vertu du principe de non-rétroactivité des traités, l'applicabilité des obligations de fond d'un traité est déterminée, sauf accord contraire des parties que le Tribunal estime ne pas être intervenu en l'espèce, en fonction de la date à laquelle s'est produit le fait illicite et non en fonction du moment où apparaît et se cristallise le différend, critère distinct ne servant qu'à établir la compétence ratione temporis du Tribunal. Ce n'est que si la violation alléguée est postérieure à l'entrée en vigueur du traité que les dispositions de fond de ce dernier seront applicables à ladite violation*".

<sup>495</sup> **Ibid.**, § 612.

<sup>496</sup> **Ibid.**, §§ 613 et s.

<sup>497</sup> **Ibid.**, §§ 624 et s.

<sup>498</sup> *Infra*, § 543-545

(b) Le Tribunal de resoumission a indûment décliné sa compétence s'agissant d'actes de déni de justice postérieurs à la Sentence Initiale

570. Au § 216, le Tribunal de resoumission examine la question de la demande des Demanderesses relative aux allégations d'actes de la Défenderesse postérieurs à la Sentence Initiale, et constitutifs d'actes de déni de justice.

571. Le Tribunal considère alors que de tels actes n'entrent pas dans le champ de sa compétence :

*"[L] ensemble de cet argument n'est 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"<sup>499</sup>.*

572. Il a été démontré ci-dessus que le différend pour lequel le Tribunal Initial s'est déclaré compétent inclut les actes commis après l'introduction de la requête d'arbitrage initiale en relation avec la Décision n° 43, du 28 avril 2000, et les actes de déni de justice dans le traitement de la procédure devant le 1<sup>er</sup> Tribunal civil de Santiago où sera finalement prononcé le Jugement du 24 juillet 2008 constatant la nullité de droit public du Décret n° 165<sup>500</sup>.

573. Or, en contradiction flagrante avec cette détermination de la Sentence Initiale, qui a autorité de la chose jugée, le Tribunal de resoumission a décidé que :

*"Ces termes [les articles 52 de la Convention et 55 du Règlement d'arbitrage] 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" (le 3 novembre 1997, nous soulignons)<sup>501</sup>.*

574. Le Tribunal explique aussi que :

*"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"<sup>502</sup>.*

575. Cette position témoigne d'un rejet manifeste d'une question essentielle tranchée dans la Sentence Initiale par le Tribunal de resoumission, dont l'intégralité des violations identifiées résulte de différends intervenus postérieurement à la date de la requête d'arbitrage.

576. C'est le cas, en particulier, de la demande relative au déni de justice découlant de la paralysie du Jugement interne au-delà du 3 novembre 1997.

<sup>499</sup> **Pièce C9f**, Sentence de resoumission, § 206

<sup>500</sup> *Supra*, § 263 et ss.

<sup>501</sup> **Pièce C9f**, Sentence de resoumission, § 216

<sup>502</sup> **Ibid.**, § 216

577. En conséquence, en retenant qu'il ne pouvait examiner les allégations de déni de justice commis après l'introduction de la requête d'arbitrage, alors que le Tribunal Initial s'était expressément déclaré compétent pour ce faire, le Tribunal de resoumission a violé l'autorité de la chose jugée de la Sentence Initiale.

(c) Le Tribunal de resoumission a commis un excès de pouvoir manifeste

578. Il a été démontré ci-dessus que le Tribunal de resoumission a indûment limité sa compétence en considérant qu'il n'était saisi que d'un "*différend pour lequel la date critique était la requête d'arbitrage initiale des Demanderesses*"<sup>503</sup>, c'est-à-dire le 3 novembre 1997.<sup>504</sup>

579. Cette décision était contraire à l'autorité de la chose jugée de la Sentence Initiale<sup>505</sup>.

580. Ainsi qu'il a été établi ci-avant, un excès de pouvoir peut résulter du fait, pour un tribunal, de ne pas exercer une compétence qu'il possède<sup>506</sup>, ce qui est le cas en l'espèce.

581. L'excès de pouvoir commis par le Tribunal de resoumission revêt un caractère manifeste, dans la mesure où il apparaît clairement à la simple lecture comparée de la Sentence Initiale, confirmée par le premier comité ad hoc, et de la Sentence de resoumission.

582. Par ailleurs, les conséquences de cet excès de pouvoir sont particulièrement graves dans la mesure où le Tribunal de resoumission a refusé de prendre en compte les questions surgies entre les parties de discrimination et déni de justice à partir de mai 2000, ce qui aurait nécessairement affecté sa Sentence.

583. Une fois encore, le comportement adopté par le Tribunal justifie l'annulation de la totalité de la Sentence pour excès de pouvoir manifeste.

## **2.4 Une Sentence dont le traitement de la charge de la preuve ouvre droit à annulation**

584. Les éléments de fait et de droit de ce motif d'annulation ont été traités dans la section III.4 de la Requête en annulation. Celle-ci est complétée dans les développements qui suivent.

585. Deux éléments, dans le traitement que fait le Tribunal de la charge de la preuve, justifient l'annulation de la Sentence : le refus de voir les Demanderesses présenter des arguments et pièces se rapportant à des questions survenues entre les parties après le 3 novembre 1997, d'une part (**2.4.1**), et la décision selon laquelle les Demanderesses n'auraient pas rapporté la charge de la preuve, ou même cherché à le faire, d'autre part (**2.4.2**).

---

<sup>503</sup> *Ibid.*, § 216

<sup>504</sup> **Pièce C2**, Sentence initiale, §6

<sup>505</sup> *Supra* § 263 et ss.

<sup>506</sup> *Supra*, §§39, 40

#### **2.4.1 Le rejet des arguments et pièces des Demanderesses relatifs à des questions postérieures au 3 novembre 1997 justifie l'annulation de la Sentence**

586. La décision du Tribunal d'écarter les arguments et preuves des Demanderesses relatifs à des questions surgies entre les parties postérieures au 3 novembre 1997 procède d'une interprétation manifestement sans fondement de la Sentence Initiale et de la Décision du premier Comité *ad hoc* (2.4.1.1).
587. Cette décision est par ailleurs contraire à l'autorité de la chose jugée de la Sentence Initiale (2.4.1.2).
588. Le Tribunal de resoumission a donc, sur ce point, manifestement excédé ses pouvoirs (2.4.1.3).

##### **2.4.1.1 L'interprétation manifestement sans fondement par le Tribunal de la Décision du premier comité ad hoc et de la Sentence Initiale**

589. Le Tribunal de resoumission a déduit de la Décision du premier Comité *ad hoc* et de la Sentence Initiale qu'il lui incombait d'écarter les arguments et pièces des Demanderesses relatifs à la prise en compte des violations de l'API identifiées dans les §§665-674 de la Sentence initiale dans la détermination du préjudice subi du fait de la violation par la Défenderesse de l'article 4 de l'API (a).
590. Or, une telle restriction ne découle pas des décisions susvisées dont le Tribunal de resoumission fait une interprétation dénuée de tout fondement et manifestement déraisonnable (b).

(a) Le Tribunal a décidé d'écarter les arguments et pièces des Demanderesses relatifs à la prise en compte des conclusions des §§665-674 de la Sentence initiale

591. Aux §§ 212 et suivants de la Sentence, le Tribunal de resoumission analyse les raisons pour lesquelles la Sentence Initiale a encouru la censure du premier comité *ad hoc*.
592. Selon le Tribunal de resoumission, deux raisons auraient motivé l'annulation partielle prononcée par le premier comité *ad hoc* :
- L'absence de débat entre les Parties sur le préjudice découlant des violations de l'article 4 de l'API Espagne-Chili, qui aurait justifié l'annulation partielle de la Sentence Initiale sur le fondement de l'article 52(1)(d)<sup>507</sup> ;
  - La contradiction entre les modalités de la compensation décidée par le Tribunal Initial, et les conclusions de celui-ci sur la nature de la violation retenue<sup>508</sup>.
593. L'annulation prononcée par le premier comité *ad hoc* sur le fondement de l'article 52(1)(d) a été discutée ci-avant<sup>509</sup>, en particulier que ce n'est pas tant l'absence en

<sup>507</sup> **Pièce C9f**, Sentence de resoumission, § 214

<sup>508</sup> **Ibid.**, § 214

<sup>509</sup> *Supra*, § 312-313

termes généraux de la "possibilité équitable de débattre de la réparation au titre de la violation de l'article 4", comme affirme la SR, qui a porté le Comité *ad hoc* à annuler le point 4 du Dispositif de la SI, mais très précisément que les Demanderesses n'avaient pas eu la possibilité de présenter d'argument sur ce "***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.***"<sup>510</sup> [Soulignement ajouté]

594. Le Tribunal de resoumission tire une observation générale sur sa mission au § 215 qui écarte complètement la considération de ce premier vice fondant l'annulation partielle de la SI et retient seulement le second l'encapsulant de manière à dénaturer

a) La décision du Comité *ad hoc* -qui s'est borné à sanctionner une contradiction dans les termes de la Sentence initiale sur le chiffrage adopté, sans émettre aucun choix sur ce que telle ou telle modalité de chiffrage serait ou non acceptable- et, par ricochet,

b) la Sentence initiale :

"Le Tribunal concentrera donc son attention sur le second vice, dans le but essentiel de 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" (nous soulignons)<sup>511</sup>.

595. En effet, cette observation générale l'amènera à tirer une conclusion sur le type d'argument et d'élément de preuve que les Demanderesses peuvent ou non présenter au soutien de leur argumentation sur le chiffrage de leur préjudice :

"Étant donné que la première étape, c'est-à-dire la constatation de la violation, a déjà donné lieu à une décision ayant force obligatoire dans la Sentence Initiale, le Tribunal peut passer à la seconde, la détermination du préjudice causé par la violation. Il note toutefois que le Tribunal Initial a constaté la violation de manière négative aussi bien que positive. 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 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" (nous soulignons)<sup>512</sup>.

596. Cette conclusion sera réitérée au § 228 :

"La confiscation initiale d'El Clarin et des actifs s'y attachant qui appartenaient à M. Pey Casado a été consommée en 1975 et est donc hors champ du TBI ; tous les arguments fondés sur la confiscation ou en découlant ne peuvent pas être pris en compte, sauf dans la mesure

<sup>510</sup> Pièce C20, Décision du Comité *ad hoc* du 18 décembre 2012, §§263, 266, 267

<sup>511</sup> Pièce C9f, Sentence de resoumission, § 215.

<sup>512</sup> *Ibid.*, § 218

où ils constituent des éléments factuels pour les questions qui entrent valablement dans le champ du différend au regard du TBI" (nous soulignons)<sup>513</sup>.

597. Et enfin au § 230, point (d) :

"toute évaluation du préjudice et des dommages-intérêts fondée sur l'expropriation initiale est incompatible avec la Sentence Initiale et doit donc être rejetée"<sup>514</sup>.

598. Ces conclusions témoignent d'un excès de pouvoir manifeste au préjudice des Demanderesses. La Sentence initiale (voir les §§665-674) et la Décision du premier comité *ad hoc*, contrairement à ce qu'affirme le Tribunal de resoumission, ont admis et souligné clairement l'articulation des conséquences de l' "**invalidité**" de la confiscation des biens de CPP S.A. et EPC Ltée et du "**devoir d'indemniser**" les propriétaires - reconnus devant le Tribunal initial par l'État Défendeur- et du calcul de la compensation du dommage causé par les violations à l'article 4 de l'API commises après le 3 novembre 1997. Une articulation que le Tribunal initial et le Comité *ad hoc* ont pris en compte explicitement :

*"La seule fois où la question des dommages pour violation de l'article 4 de l'API a été soulevée, c'est lors de l'audience de janvier 2007, lorsque le Président du Tribunal a demandé aux parties si le **préjudice ou dommage résultant de la violation hypothétique de la disposition relative au traitement juste et équitable était le même que celui résultant de l'expropriation** ou bien s'il était différent de celui-ci. (...) Il est évident pour le Comité que la Défenderesse (et **les Demanderesses**) a (ont) eu très peu de temps lors de l'audience pour répondre à la question posée par le Président."*<sup>515</sup> [Soulignement ajouté]

(b) L'interprétation que fait le Tribunal de resoumission de la Décision du premier comité *ad hoc* et de la Sentence Initiale est infondée et manifestement déraisonnable

599. La décision du Tribunal procède d'une lecture infondée et manifestement déraisonnable de la Décision du premier comité *ad hoc* et de la Sentence Initiale *res iudicata*.

600. En effet, la Décision du premier comité *ad hoc* n'a pas eu pour effet de considérer, comme le retient le Tribunal de resoumission, que les arguments des Demanderesses relatifs aux dommages-intérêts découlant de **l'invalidité** des confiscations et du **devoir de compenser** "*n'étaient pas pertinents pour les demandes fondées sur le déni de justice et la discrimination*"<sup>516</sup>.

601. Il est bien établi que, si une décision d'un comité *ad hoc* peut confirmer ou annuler l'autorité de la chose jugée d'une sentence, elle ne peut en créer de nouvelle<sup>517</sup>.

<sup>513</sup> **Ibid.**, § 228.

<sup>514</sup> **Ibid.**, § 230.

<sup>515</sup> **Pièce C20**, Décision du Comité *ad hoc* du 18 décembre 2012, §263

<sup>516</sup> **Pièce C9f**, Sentence en resoumission, § 229

<sup>517</sup> **Pièce CL312**, Bishop (R. D.) et Marchili (S. M.), *Annulment under the ICSID Convention*, OUP, 2012, §10.48: "*Because an annulment committee is not a court of appeal, it cannot create a new res iudicata. Committees can only decide not to annul an award, thus confirming the existing res iudicata, or annul the award, in which case the affected decision - or portion thereof - ceases to be res iudicata*". C. Schreuer, The ICSID

602. En refusant de prendre en compte les arguments et preuves relatives à l'articulation des manquements de l'État du Chili que relèvent les §§665 à 674 de la Sentence Initiale, le Tribunal enfreint l'autorité de la chose jugée d'une partie essentielle du Chapitre VII - Responsabilité de l'État- de la Sentence Initiale.
603. Il se méprend également sur la portée de l'autorité de la chose jugée de la Sentence Initiale attachée à la décision du Tribunal initial sur son incompétence *ratione temporis* pour connaître des demandes relatives à la valeur de l'investissement à la veille de sa saisie.
604. En effet, il ne résulte pas de cette décision d'incompétence une impossibilité pour le Tribunal de resoumission de prendre en compte des arguments et pièces relatifs au *dies a quo* des dommages dont la détermination du montant constituait la mission du Tribunal de resoumission.
605. Ainsi que l'explique le Professeur à l'Université de Poitiers Benjamin Rémy, la décision du Tribunal de resoumission sur ce point aboutit à déformer la portée de l'autorité de la chose jugée de la Sentence Initiale :

*"La partie non annulée de la sentence initiale énonce en effet que l'État ne peut voir sa responsabilité engagée du fait de la confiscation intervenue en 1973, dès lors que le TBI n'était pas entré en vigueur à cette époque.*

*Fallait-il pour autant considérer que toute évocation de cette confiscation devait être bannie du prétoire, ne fût-ce que pour établir la preuve d'un préjudice subi à raison du déni de justice dont le Chili s'est rendu coupable après l'entrée en vigueur du TBI ? Telle semble être la position du tribunal qui exclut "les éléments de preuve" ainsi que "les arguments" relatifs à la confiscation en raison de l'autorité de la chose jugée (§217).*

*Les effets de l'autorité de chose jugée nous semblent ici mal définis" (nous soulignons)<sup>518</sup>.*

606. Le même auteur explique ensuite que l'autorité de la chose jugée attachée à la décision d'incompétence du Tribunal Initial concernant les demandes relatives à la compensation *ex* article 5 de l'API (expropriation) de la valeur de l'investissement à la veille de sa saisie ne signifiait pas pour autant que les éléments de preuve s'y rapportant ne pouvaient pas être pris en compte dans la détermination du préjudice subi du fait de la violation de l'article 4 de l'API :

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

*En revanche, elle n'interdit pas que, dans le cadre de l'examen de la demande d'indemnisation du préjudice subi du fait du déni de justice, la réalité de la confiscation soit évoquée. Plus précisément, ce préjudice consistait en une perte de chance pour l'investisseur*

---

Convention, a commentary, Article 52, §§ 656 et s.

<sup>518</sup> **Pièce CL333**, Rémy (B.), "Centre international pour le règlement des différends relatifs aux investissements (CIRDI) Chronique des sentences arbitrales", *JDI (Clunet)*, 2017, chron. 1, pp. 217 et s., § 24.

*d'obtenir gain de cause auprès des juridictions chiliennes. Il ne s'agissait aucunement de tenter une nouvelle fois de qualifier ces confiscations de fait internationalement illicite. Il est seulement question de savoir si, au regard du seul droit chilien, la prétention formulée par l'investisseur devant les juges chiliens avait des chances de prospérer et de fixer le montant des indemnités que l'investisseur aurait pu espérer. Les éléments de preuve et les arguments relatifs aux confiscations de 1973, ainsi utilisés, ne devraient donc pas se heurter à l'autorité de la chose jugée de la sentence initiale" (nous soulignons)<sup>519</sup>.*

607. La conclusion de cet auteur est sans appel, et témoigne des gravités des conséquences attachées à la décision du Tribunal d'exclure ces arguments et pièces des débats :

*"En excluant néanmoins ces éléments de preuve et ces arguments du débat mené devant lui, le nouveau tribunal arbitral prive indûment l'investisseur de la possibilité de justifier l'existence et le montant de son préjudice et commet, par là-même, un déni de justice" (nous soulignons)<sup>520</sup>.*

608. En outre, il apparaît que la conclusion à laquelle est parvenu le Tribunal de resoumission est contraire à l'autorité de la chose jugée de la Sentence Initiale.

#### **2.4.1.2 La Sentence Initiale a considéré que les éléments relatifs à la valeur de l'investissement lors de sa saisie pouvaient en être pris en compte sur le plan factuel.**

609. Contrairement aux conclusions du Tribunal exposées ci-dessus, la Sentence Initiale n'a pas plus que ne l'aurait fait le premier comité *ad hoc* - tranché la question de la pertinence des arguments et preuves relatifs à la valeur des entreprises du Groupe Clarin lors de leur saisie par la force des troupes mutinées contre les institutions représentatives du peuple du Chili.

610. En effet, bien que le Tribunal Initial se soit déclaré incompétent *ratione temporis* s'agissant des demandes relatives à l'expropriation<sup>521</sup>, il n'a pas pour autant fermé la voie à la considération d'arguments et d'éléments de preuve s'y rapportant au stade de la détermination du préjudice subi du fait de la violation de l'article 4 de l'API Espagne-Chili.

611. C'est même l'inverse : le Tribunal Initial a expressément envisagé la prise en compte, à titre de contexte factuel, d'arguments et éléments de preuve se rapportant à la saisie de l'investissement des Demanderesses par le régime *de facto*.

612. Ainsi, au § 611 de la Sentence initiale, le Tribunal Initial a décidé 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 demanderesses estiment devoir être qualifiés de violations postérieures à l'entrée en vigueur du traité" (nous soulignons)<sup>522</sup>.*

<sup>519</sup> **Ibid.**, § 24.

<sup>520</sup> **Ibid.**, § 24.

<sup>521</sup> **Pièce C2**, Sentence Initiale, §608.

<sup>522</sup> **Pièce C2**, Sentence Initiale, §611.

613. De manière similaire, au § 612, le Tribunal a considéré que :

*"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" (nous soulignons)<sup>523</sup>.*

614. Les paragraphes ci-dessus n'ont pas été annulés par la Décision du premier comité *ad hoc*. Ils avaient donc autorité de la chose jugée pour le Tribunal de resoumission, et s'imposaient à lui.

615. On remarquera d'ailleurs la contradiction interne de la Sentence en resoumission, qui avait relevé, au § 228(a), que *"tous les arguments fondés sur la confiscation ou en découlant ne peuvent être pris en compte, sauf dans la mesure où ils constituent des éléments factuels pour les questions qui entrent valablement dans le champ du différend au regard du TBI"* (nous soulignons)<sup>524</sup>. Or c'était très précisément de cela qu'il s'agissait dans la démonstration faite par les Demanderesses du montant de leur préjudice.

616. Les faits décrits ci-dessus constituent un nouvel excès de pouvoir manifeste de la part du Tribunal.

#### **2.4.1.3 Le rejet des arguments et pièces des Demanderesses relatifs à la valeur de l'investissement lors de sa saisie constitue un excès de pouvoir manifeste**

617. Ainsi qu'il a été démontré ci-dessus, les conséquences que le Tribunal a tirées de la Décision du premier Comité *ad hoc* et de la Sentence Initiale concernant le sort à réserver aux arguments et pièces de la Demanderesses relatifs à la valeur de l'investissement à la veille de sa saisie violente étaient injustifiées.

618. Elles étaient par ailleurs contraires à l'autorité de la chose jugée de la Sentence initiale.

619. Il en résulte un excès de pouvoir de la part du Tribunal.

620. Cet excès de pouvoir est manifeste, dans la mesure où il se discerne sans effort à la lecture de la Sentence Initiale, de la Décision du premier comité *ad hoc*, et de la Sentence de resoumission, sans parler du besoin élémentaire : en quoi une base de chiffrage peut-elle être déclarée inexacte pour toute évaluation au prétexte qu'une prétention n'a pas été acceptée *ratione temporis*.

621. Il emporte par ailleurs des conséquences graves, puisque le Tribunal de resoumission, après avoir rejeté les arguments et pièces des Demanderesses concernant l'évaluation de leur préjudice, a considéré purement et simplement que la charge de la preuve n'était pas remplie, ce qui a abouti au rejet de leurs demandes en indemnisation.

622. Cet excès de pouvoir manifeste justifie l'annulation de la Sentence dans sa totalité.

---

<sup>523</sup> **Ibid.**, § 612.

<sup>524</sup> **Pièce C9f**, Sentence en resoumission, § 228.

## 2.4.2 La décision du Tribunal selon laquelle les Demanderesses n'auraient pas rapporté la charge de la preuve justifie l'annulation de la Sentence.

623. Il a été démontré ci-avant qu'en exigeant des Demanderesses qu'elles démontrent l'existence d'un préjudice, alors que cette question avait déjà été tranchée par la Sentence Initiale, le Tribunal a commis un excès de pouvoir manifeste<sup>525</sup>.

624. Ayant considéré qu'il revenait aux Demanderesses de démontrer l'existence d'un préjudice, et ayant par la suite écarté *in limine litis* les arguments et preuves se rapportant à la valeur de l'investissement à la veille de sa saisie, le Tribunal a ensuite décidé que les Demanderesses n'avaient pas rempli la charge de la preuve qui leur incombait (2.4.2.1).

625. Cette décision est affectée par un défaut de motifs (2.4.2.2) et une inobservation grave d'une règle de procédure fondamentale (2.4.2.3).

### 2.4.2.1 Le Tribunal de resoumission a considéré que les Demanderesses n'avaient pas rempli la charge de la preuve

626. Au § 231 de la SR, le Tribunal, après avoir conclu que les arguments et pièces des Demanderesses relatives à la valeur de l'investissement à la veille de sa saisie devaient être rejetées, considère que la question qui lui reste à trancher est de savoir "*si, et dans quelle mesure, les Demanderesses ont satisfait à la charge de prouver quel préjudice a été causé à l'une ou/et l'autre du fait de la violation par la Défenderesse de la norme de traitement juste et équitable du TBI, puis d'établir en termes financiers le dommage quantifiable correspondant*"<sup>526</sup>.

627. Au § 232 de la Sentence en resoumission, le Tribunal considère que tel n'est pas le cas:

628. "*Une fois 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 l'évaluation du dommage, sans démontrer au préalable la nature précise du préjudice, le lien de causalité et le dommage lui-même*" (gras ajouté, soulignement dans l'original)<sup>527</sup>.

629. En conséquence, le Tribunal de resoumission considère au § 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 Défenderesse de l'article 4 du TBI. Le Tribunal ne peut donc pas, par principe, octroyer de dommages-intérêts*"<sup>528</sup>.

630. Les conclusions de la SR quant à ce que les Demanderesses n'auraient pas réellement exposé leurs arguments concernant la relation de cause à effet ayant entraîné les

<sup>525</sup> Voir le motif III.3 de la Requête en annulation du 10 novembre 1997

<sup>526</sup> **Pièce C9f**, Sentence de resoumission, § 231

<sup>527</sup> **Ibid.**, § 232.

<sup>528</sup> **Ibid.**, § 234.

dommages, et la nature du préjudice en résultant, sont entachées par un manquement total à exposer les raisons sur lesquelles elles sont fondées.

#### **2.4.2.2 La décision du Tribunal selon laquelle les Demanderesses n'auraient pas satisfait à la charge de la preuve est entachée d'un défaut de motifs**

631. L'affirmation, sans autre développement, du Tribunal, selon laquelle "*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*" constitue un défaut de motifs, et est incompréhensible au vu du débat qui s'est tenu devant le Tribunal, tant dans la phase écrite, qu'au cours des audiences.
632. Ainsi que les Demanderesses l'ont expliqué dans leur Requête en annulation<sup>529</sup>, elles se sont employées, dans leurs écritures devant le Tribunal, à développer une argumentation cohérente concernant le préjudice subi du fait du traitement injuste et inéquitable et du déni de justice qu'elles ont subi.
633. Par exemple, aux §§201 à 342 de leur Mémoire en demande du 27 juin 2014, les Demanderesses ont développé successivement des arguments tenant au "*préjudice subi par les demanderesses*" (Section 5), au "*préjudice résultant du déni de justice*" (Section 5.1), au "*préjudice lié à la paralysie des juridictions internes*" (Section 5.1.2.1), et au "*préjudice résultant de la violation du traitement juste et équitable et notamment de la Décision n°43*" (Section 5.2)<sup>530</sup>.
634. Elles avaient également démontré que les tribunaux arbitraux ont accepté que le principe de réparation intégrale implique que l'investisseur puisse être indemnisé pour la valeur de ses biens saisis, quand bien même sa demande n'était pas fondée sur l'expropriation mais sur la violation du traitement juste et équitable après l'entrée en vigueur de l'API le 29 mars 1994<sup>531</sup>.
635. Ce principe avait été longuement discuté à l'audience avec M. Kaczmarek, l'expert juridique présenté par la République du Chili, qui avait reconnu la possibilité, pour un tribunal amené à se prononcer sur la réparation d'une violation du traitement juste et équitable, de réparer un préjudice équivalent à celui résultant d'une expropriation, et d'appliquer des méthodes de calcul normalement dévolues au calcul de l'expropriation<sup>532</sup>.
636. Dès lors, la simple affirmation par le Tribunal selon laquelle les Demanderesses n'auraient pas même essayé de remplir la charge de la preuve de démontrer leur préjudice, est incompréhensible.

<sup>529</sup> Requête en annulation du 10 novembre 1997 (révisée), p. 116, § 231 et s.

<sup>530</sup> **Pièce C8**, Mémoire en demande devant le Tribunal de resoumission, §§ 201 et s.

<sup>531</sup> V. **pièce C40**, Réplique du 9 janvier 2015, §§ 342 et s., et l'importante littérature juridique citée au soutien de leur argumentation : **pièces C47 à C65**.

<sup>532</sup> **Pièce C271**, Audiences, 15 avril 2015, transcript du Jour 3, 14 :33, page 102 (107) et s.

637. On rappellera que, ainsi qu'il a été démontré ci-dessus, la sentence d'un tribunal est affectée d'un défaut de motif lorsque la lecture de la décision ne permet pas de comprendre le cheminement suivi par le tribunal pour parvenir à sa conclusion.

638. Pour reprendre les termes employés par le comité *ad hoc* dans l'affaire *MINE c. Guinée*:

*"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 requirement is in particular not satisfied by either contradictory or frivolous reasons"*<sup>533</sup>.

639. Comme le souligne le comité *ad hoc* dans cette décision, et comme l'ont également affirmé d'autres tribunaux, des motifs frivoles ou grossièrement insuffisants ou inadéquats<sup>534</sup>, ne satisfont pas à cette exigence de motivation.

640. Plus récemment, le comité dans l'affaire *TECO c. Guatemala* a également souligné que l'absence de discussion par un tribunal des éléments de preuve soumis par les parties pouvait constituer un défaut de motifs<sup>535</sup>.

641. Dans cette affaire, le tribunal avait, dans sa détermination des dommages-intérêts dus à l'investisseur, largement fait abstraction des rapports d'expert soumis par les parties.

642. Le comité *ad hoc* avait alors décidé que :

*"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"* (nous soulignons)<sup>536</sup>.

643. La décision du Tribunal de resoumission sur ce que les Demanderesses n'auraient pas satisfait à la charge de la preuve est très éloignée des standards énoncés ci-dessus.

644. Alors que la question du préjudice subi par les Demanderesses et de son mode de calcul revêtait une importance déterminante pour elles, en ce que cette question restait la seule à trancher par le Tribunal, ce dernier, avant de décider que les Demanderesses n'avaient pas satisfait à la charge de la preuve et n'avaient "*même pas cherché à le faire*"<sup>537</sup> :

<sup>533</sup> **Pièce CL313**, *MINE c. République de Guinée*, Affaire CIRDI No. Affaire CIRDI No. 84/4, Décision du Comité ad hoc sur l'annulation, 22 Décembre 1989, §5.08-5.09.

<sup>534</sup> *Supra*, § 82

<sup>535</sup> **Pièce CL316**, *TECO c. Guatemala*, §§ 123-139.

<sup>536</sup> **Ibid.**, §§ 131.

<sup>537</sup> **Pièce C9f**, Sentence de resoumission, § 232.

- Ne s'est pas référé aux écritures des Demanderesses expliquant la nature du préjudice qu'elles avaient subi à la suite du déni de justice et du traitement injuste et inéquitable commis par la République du Chili, le rendant équivalent à la perte totale de l'investissement ;
- N'a pas appliqué le droit du Chili tel qu'appliqué par la Cour Suprême dans les nombreuses sentences jointes au dossier arbitral ;
- N'a pas appliqué les principes de droit international ni même fait référence aux nombreuses sentences arbitrales et articles de doctrine faisant état de la possibilité pour un tribunal d'indemniser un investisseur pour la violation de l'obligation de "traitement juste et équitable" de la même manière que si son investissement avait été exproprié en vertu du principe de réparation intégrale ;
- Ne s'est enfin pas référé au contre-interrogatoire par les Demanderesses de l'expert financier présenté par la Défenderesse, qui confirmait les principes exposés ci-dessous.

645. En l'état, la motivation du Tribunal ne permet pas de comprendre la solution à laquelle celui-ci a abouti.

646. Ce défaut de motif sur un élément déterminant justifie l'annulation de la Sentence dans sa totalité.

#### **2.4.2.3 La décision du TR selon laquelle les Demanderesses n'auraient pas satisfait à la charge de la preuve est entachée d'une inobservation grave d'une règle fondamentale de procédure**

647. La décision du Tribunal de considérer que les Demanderesses n'ont pas satisfait à la charge de la preuve qui leur incombait est l'aboutissement d'un raisonnement systématiquement biaisé du Tribunal qui, à chaque fois que l'occasion lui en a été donné, a traité les Demanderesses de manière à ce qu'elles soient privées de leur droit à un procès équitable.

648. Il ne saurait être contesté que le droit à un procès équitable fait partie des règles de procédure fondamentale protégées au titre de l'article 52(1)(d).

649. Sous ce principe à portée général peuvent être distinguées plusieurs autres règles de procédure toutes aussi fondamentales, telles que l'exigence d'indépendance et d'impartialité d'un tribunal, le principe d'égalité de traitement des parties, le droit à être entendu, ou encore le traitement des éléments de preuve ou de la charge de la preuve.

650. Comme l'a récemment résumé le comité *ad hoc* dans l'affaire *SAUR International c. République d'Argentine* :

*"Parmi les normes de procédure qui peuvent être considérées comme "fondamentales" figurent le traitement égalitaire des parties, le droit à être entendu, le traitement des*

*éléments de preuve et la charge de la preuve, l'indépendance et l'impartialité du tribunal et les délibérations entre les membres du tribunal*"<sup>538</sup>.

651. Le comité *ad hoc* dans l'affaire *Lemire c. Ukraine* est également allé dans le même sens en décidant que:

*"Ad hoc committees have consistently held that not every departure from a fundamental rule of procedure justifies annulment. Within the examples of fundamental rule of procedure identified by ad hoc committees are: (i) the equal treatment of the parties; (ii) the right to be heard; (iii) an independent and impartial tribunal; (iv) the treatment of evidence and burden of proof; and (v) deliberations among members of the Tribunal"*<sup>539</sup>.

652. Les Demanderesses ont exposé dans leur Requête en annulation<sup>540</sup> que le Tribunal avait, dès les premiers paragraphes de sa Sentence, adopté un postulat biaisé qui favorisait la Défenderesse, en considérant que le "*le temps est venu, toutefois, de mettre définitivement un terme à cette procédure arbitrale; reipublicae interest ut finis sit litium*"<sup>541</sup>. Le biais et le parti pris du Tribunal de resoumission a dénaturé, en l'espèce ce principe, en soi-même plausible, en le transformant en une jaculatoire permettant de nier tout effet utile à la condamnation à indemniser les investisseurs-demandeurs ordonnée dans la Sentence arbitrale avec l'autorité de la chose jugée.

653. En effet, on conçoit mal que le Tribunal se soit mis dans un état d'esprit favorisant l'égalité de traitement entre les Parties s'il considérait, dès l'origine, que son rôle était de mettre un terme définitif à un litige qu'il considérait - on le devine - avoir trop tardé à rendre inefficace l'obligation d'indemniser établie dans la Sentence initiale.

654. Sans doute la manière la plus simple de parvenir à cette conclusion prédéterminée était-elle de déconstruire méthodiquement puis de rejeter l'ensemble des conclusions *res iudicata* de la Sentence initiale et les prétentions des Demanderesses, comme le Tribunal s'est employé à le faire.

655. Les Demanderesses ont démontré dans leur Requête en annulation que le Tribunal avait parfois exprimé des regrets concernant la Décision du premier comité *ad hoc*, qui aurait pu selon lui aller plus loin<sup>542</sup>.

656. On se souviendra, par exemple, de ce que le Tribunal a cru bon de relever, de lui-même, une critique supplémentaire qui aurait pu être faite (par lui) à la Sentence Initiale :

*"Le Tribunal pourrait en outre relever qu'une autre critique aurait éventuellement pu être portée à l'encontre des parties annulées de la Sentence Initiale, à savoir la manière selon laquelle elles tendent à faire abstraction de la distinction entre le préjudice (et la question*

<sup>538</sup> **Pièce C103**, *SAUR International c. République d'Argentine*, Affaire CIRDI No. ARB/04/4, Décision relative à la demande d'annulation de la République d'Argentine, 19 décembre 2016, § 182.

<sup>539</sup> **Pièce CL334**, *Joseph C. Lemire v. Ukraine*, ICSID Case No. ARB/06/18, Excerpts of Decision on Annulment, 8 July 2013, § 263

<sup>540</sup> Requête en annulation du 10 novembre 1997, §§ 3 et s.

<sup>541</sup> **Pièce C9f**, Sentence de resoumission, § 172

<sup>542</sup> Requête en annulation du 10 novembre 1997, §§ 243 et s.

*connexe du lien de causalité) et l'évaluation de la compensation due au titre de ce préjudice*"<sup>543</sup>.

657. Les Demanderesses ont également indiqué dans leur Requête en annulation<sup>544</sup>, et cela a été démontré à nouveau ci-dessus<sup>545</sup>, que le Tribunal avait permis à la République du Chili de présenter des arguments qui avaient déjà été rejetés par le premier comité *ad hoc*, et qu'il y avait même fait droit, en violation de l'autorité de la chose jugée de la Sentence Initiale.
658. De manière similaire, le Tribunal a, lors de la dernière journée des audiences, rouvert des points qui bénéficiaient de l'autorité de la chose jugée dans la Sentence Initiale<sup>546</sup>, en invitant les Parties à expliquer :
- si M. Pey Casado avait la qualité d'investisseur au sens de l'API<sup>547</sup> ;
  - s'il y avait un lien entre les paragraphes 2 et 3 du dispositif de la Sentence Initiale<sup>548</sup> qui pourrait épargner à l'État Défendeur d'indemniser financièrement les investisseurs-demandeurs ; et, également,
  - si la Décision n° 43 constituait une violation de l'API Espagne-Chili<sup>549</sup>.
659. Les considérations de la Sentence rappelées ci-dessus, en ce qu'elles vont uniquement dans le sens de l'argumentation de la République du Chili, parfois au mépris de l'autorité de la chose jugée de la Sentence Initiale, constituent une violation des principes d'égalité de traitement et de l'exigence d'indépendance et d'impartialité du tribunal.
660. On relèvera sur ce point le *dictum* du comité *ad hoc* dans l'affaire *Enron c. République d'Argentine*, où le Tribunal a relevé qu'une violation de l'exigence d'indépendance et d'impartialité du tribunal pouvait être établie par une suite de décisions ou de conclusions dans le sens d'une des parties, sans fondement apparent :

*"The Committee notes that lack of impartiality may be a ground of annulment under Article 52(1)(d) of the ICSID Convention, and leaves open the possibility that such lack of impartiality might be evidenced, for instance, by the fact that an Award consistently and perversely makes findings favourable to one party without any basis in the evidence"*<sup>550</sup>.

661. Par ailleurs, la décision du Tribunal, détaillée ci-dessus<sup>551</sup>, d'écarter *in limine litis*, sous le faux prétexte de manque de compétence avec la déstructuration de la SI, les

<sup>543</sup> **Pièce C9f**, Sentence de resoumission, § 215

<sup>544</sup> Requête en annulation du 10 novembre 2017, §§ 246 et s.

<sup>545</sup> *Supra*, § 341 et ss

<sup>546</sup> *Supra*, §292 et Requête en annulation, §§ 251 et s.

<sup>547</sup> **Pièce C43**, Audience du 15 avril 2015, 16:49, p. 162, lignes 1-6

<sup>548</sup> **Ibid.**, Audience du 15 avril 2015, 16:52, p. 163, lignes 1-19

<sup>549</sup> **Ibid.**, Audience du 15 avril 2015, 16:55, p. 164, lignes 14-25 et p. 165, lignes 1-2.

<sup>550</sup> **Pièce CL307**, *Enron Creditors Recovery Corporation (formerly Enron Corporation) and Ponderosa Assets, L.P. v. Argentine Republic*, ICSID Case No. ARB/01/3, Decision on the Application for Annulment of the Argentine Republic, 30 July 2010, § 278.

<sup>551</sup> *Supra*, §§ 518, 554

arguments et preuves des Demanderesses relatives à la prise en compte de la valeur de l'investissement à la veille de sa saisie pour déterminer le montant du dommage causé par les violations à l'article 4 de l'API depuis 2000, outre qu'elle constitue un excès de pouvoir manifeste, constitue également une violation du droit pour les Demanderesses à être entendues, et des règles de procédure sur le traitement de la preuve.

662. L'importance du traitement de la preuve dans le droit pour une partie à être entendu a été relevée par le comité *ad hoc* dans l'affaire *Wena c. République d'Egypte* :

*"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 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" (nous soulignons)<sup>552</sup>.*

663. De manière similaire, le comité *ad hoc* dans l'affaire *Tulip c. République de Turquie* a considéré que :

*"The right to be heard refers to the opportunity given to the parties to present their position. It does not relate to the manner in which tribunals deal with the arguments and evidence presented to them. In particular, the fact that an award does not explicitly mention an argument or piece of evidence does not allow the conclusion that a tribunal has not listened to the argument or evidence in question. A refusal to listen, amounting to a violation of the right to be heard, can only exist where a tribunal has refused to allow the presentation of an argument or a piece of evidence" (nous soulignons)<sup>553</sup>.*

664. Ces considérations s'appliquent parfaitement à la situation d'espèce, dans laquelle le Tribunal a purement et simplement écarté des débats les arguments et preuves fournies par les Demanderesses au soutien de leur démonstration de la nature du préjudice qu'elles subissent du fait des violations de l'API par la Défenderesse postérieures au 3 novembre 1997, constatées dans la Sentence Initiale.

665. L'ensemble des inobservations des règles fondamentales de procédure établies ci-dessus présente un caractère grave.

666. En effet, ces inobservations mettent à mal le principe même du droit à un procès équitable, et ont privé les Demanderesses du bénéfice même de cette règle fondamentale.

667. Ces inobservations graves et répétées de règles fondamentales de procédure justifient l'annulation de l'intégralité de la Sentence sur le fondement de l'article 52(1)(d).

<sup>552</sup> **Pièce CL314**, *Wena hotels c Egypte*, Décision du comité *ad hoc* du 5 février 2002, §56-57

<sup>553</sup> **Pièce C14**, *Tulip Real Estate and development Netherlands B.V. v Republic of Turkey*, ICSID Case No. ARB/11/28, Decision on Annulment, 30 December 2015, §82

**i. La déstructuration de la Sentence arbitrale initiale et de la  
Décision du Comité *ad hoc* dans la Sentence en resoumission**

668. La déstructuration de la Sentence initiale a été effectuée dans la Sentence en resoumission de la manière suivante : elle a consisté à

1°) écarter l'autorité de la chose jugée des §§666-674 -qui articulent :

- i) la reconnaissance par l'État du Chili, le 6 mai 2003, de l'invalidité de la confiscation de l'investissement propriété de M. Pey Casado,
- ii) la violation de l'article 4 de l'API (manquement au TJE, abstention de tout déni de justice) par l'État du Chili,
- iii) et le droit des Demanderesses à un dédommagement pécuniaire pour l'ensemble de l'investissement (paras. 1 à 3 du Dispositif de la Sentence initiale),

2°) enfreindre la *res iudicata* des paras. 1 à 3 du Dispositif de la Sentence initiale, la SR a dénié *ex officio* et *inaudita parte* -aucune partie n'a formulé le déclinatoire de la Règle 41(1)- la compétence du TR sur les questions surgies entre les parties à partir de l'année 2000<sup>554</sup>,

3°) exclure, en conséquence, de la compétence du Tribunal de resoumission tous les moyens de preuve et tout l'argumentaire des Demanderesses dès lors qu'ils sont fondés sur les §§666-674, les paras. 1 à 3 du Dispositif de la Sentence initiale et l'article 4 de l'API,

4°) et, finalement, métamorphoser les preuves produites et l'argumentaire corrélatif en une plaidoirie portant sur la violation de l'article 5 (expropriation) de l'API :

*§236. "Le Tribunal ajoute (...) que, si la question avait été soumise à sa décision, il aurait été disposé à faire droit à l'objection de la Défenderesse à la recevabilité de toutes les parties des arguments des Demanderesses relatifs aux dommages qui étaient fondés directement ou implicitement sur la valeur de confiscation de l'investissement initial (...)"*

669. Une comparaison très résumée de ce que, à cette fin, la Sentence en resoumission attribuée à la Sentence initiale (SI) et/ou à la Décision du Comité *ad hoc*, enfreignant la *res iudicata* de la SI et/ou dénaturant ce qu'a affirmé le Comité *ad hoc* qui la confirmait, présente le résultat suivant.

**Sentence en resoumission (SR) du Tribunal de Resoumission (TR)**

---

<sup>554</sup> **Pièce C9**, Sentence en resoumission, §216 : "*le champ de compétence de ce Tribunal (...) 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 [du 3 novembre 1997]. Les questions qui ont surgi entre les Parties après cette date (...) ne peuvent pas, même avec un gros effort d'imagination, entrer dans le champ de la procédure de nouvel examen.*"

- **Note de bas de page n° 354.** "*Comme le note le Tribunal Initial aux paragraphes 690-691 de sa Sentence.*"

Contradiction avec la S.I. Les paras. 690-691 de la S.I. n'ont aucun rapport avec ce que leur attribue la Sentence en resoumission :

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

§691. "*Il est clair aussi, quoi qu'il en soit, que tout recours à une expertise, l'expérience arbitrale le montre, est en soi généralement de nature à augmenter, parfois fortement, la durée et les coûts d'un arbitrage. En tout état de cause, le Tribunal arbitral est conscient de son devoir de mettre un terme, dès que l'état du dossier le permet, à une procédure d'une durée qui, dépassant la moyenne, a été allongée, ainsi qu'on l'a vu, pour des raisons diverses, dont la complexité inhabituelle des questions litigieuses et l'attitude même des parties.*"

\*

- **§176.** "*Il apparaît donc évident que le Comité ad hoc a pris grand soin de définir clairement les contours de l'annulation partielle qu'il a prononcée dans sa Décision du 18 décembre 2011.*"

Contradiction avec la SI. La Décision du 18 décembre 2011 n'existe pas. S'agissant de celle du 18 décembre 2012, le Tribunal de resoumission n'a pas respecté ces "contours", et en a ajouté d'autres, contraires à la *res iudicata*, sur lesquels il a fondé le Dispositif de la SR, entre autres :

1) le **§216** de la SR circonscrit "*la compétence du Tribunal 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 6-11-1997], portant sur la confiscation de l'investissement. Les questions qui ont surgi entre les Parties après la date critique [de] la requête d'arbitrage initiale*" ne peuvent pas "*entrer dans le champ de la procédure de nouvel examen*".

Ceci a enfreint la *res iudicata* (S.I., §§432, 437, 600, 674) que le Comité *ad hoc* a confirmé.

2) Le **§199** et ss. de la SR substituent à la notion de compensation monétaire de la SI la "satisfaction", l'accompagnant d'une référence<sup>555</sup> à la SI qui l'appliquait seulement à la demande de dommage moral (§704 de la SI).

\*

---

<sup>555</sup> Ce renvoi au §704 de la SI a été supprimé dans la Décision en rectification du 6 octobre 2017 à la demande des Demanderesses, **pièce C201**, §§44, 45, 55

- Le §198 attribue aux prétentions des Demanderesses une prémisse inventée par le TR, à savoir que le Tribunal Initial aurait commis un "tort".

Ceci est absolument inexact, nulle part les Demanderesses n'ont soutenu que le TI aurait commis un tort.

Plus encore, contrairement à cette affirmation de la SR, le Comité *ad hoc* a rejeté toutes les prétentions du Chili selon lesquelles la SI avait commis le "tort" de considérer que la violation de l'article 4 de l'API avait provoqué des dommages donnant droit à compensation :

Décision du Comité *ad hoc* du 18-12-2012 :

1. §196. *"Le Chili soutient que, compte tenu des circonstances, le Tribunal a renversé à tort la charge de la preuve relative à la demande fondée sur le déni de justice (ainsi que la demande fondée sur la discrimination)*

2. §224. *"La principale question soulevée par le Chili au regard de l'article 52(1)(b) est celle de savoir si le Tribunal a manifestement excédé ses pouvoirs en se reconnaissant à tort compétent pour connaître d'une demande fondée sur une prétendue discrimination liée à la Décision n° 43, en violation de l'article 4, qui, aux dires de la Défenderesse, n'aurait pas été présentée par les Demanderesses."*

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

La Décision du Comité *ad hoc* a rejeté toutes ces prétentions de l'État du Chili<sup>556</sup>. Or le Tribunal de resoumission les a acceptées par le biais d'exclure de sa compétence les questions surgies entre les parties après le 3 novembre 1997 et, en conséquence, toutes les preuves correspondantes soumises par les Demanderesses qui étaient fondées exclusivement sur les questions surgies à partir de mai 2000 portant sur des violations à l'article 4 de l'API.

\*

- §176 : *"En bref, pour reprendre la décision point par point, il a été déterminé de manière définitive: que le différend relève de la compétence du CIRDI ; que le Chili (la Défenderesse) avait violé son obligation de faire bénéficier les Demanderesses d'un traitement juste et équitable (en ce compris celle de s'abstenir de tout déni de justice) ; que les Demanderesses ont droit à compensation<sup>557</sup> ; et enfin, que toutes autres ou plus amples prétentions devaient être rejetées. En*

<sup>556</sup> **Pièce C20**, Décision du Comité *ad hoc*, §§199, 227, 277 in fine : *"afin de dissiper tout doute en ce qui concerne la Demande du Chili, le Comité décide de la rejeter"*

<sup>557</sup> Nbp 356 de la SI (**pièce C9f**) : *"Voir note 356 ci-dessus. (356 Le terme français 'compensation'" est traduit, dans les développements qui suivent, de manière littérale par "compensation". Le Tribunal est conscient que, par l'emploi de ce terme, il risque ainsi de présumer résolue une question importante, qui sera discutée plus amplement ci-dessous, mais il ne semble pas possible de trouver une meilleure traduction)". En d'autres termes, la SR rouvre ici la question déjà tranchée dans la SI relative à la nature pécuniaire de la compensation*

*d'autres termes, l'ensemble de ces décisions ont autorité de chose jugée, y compris, notamment, le rejet définitif de toutes les demandes des Demanderesses dans le différend autres que celles couvertes par les paragraphes 2 et 3 du dispositif de la Sentence Initiale."*

Contradiction avec la SI dès lors que la SR a rejeté *in limine* (§216 *in fine*) les questions surgies entre les parties que les Demanderesses ont soumises, en application des paras 2 et 3 du Dispositif de la SI, relativement à des violations à l'article 4 de l'API survenues a) *pendente lite* (entre le 3-11-1997, dépôt de la Requête initiale, et la date de la SI), et b) à partir du 8 mai 2008 qui portent sur ou découlent directement des questions surgies entre les parties à partir de mai 2000 tranchées dans la SI.

\*

**§178 :** *"Devant ce Tribunal, les seules questions qui font encore l'objet d'un "différend " entre les Parties dans la présente procédure de nouvel examen (au regard de l'article 52(6) de la Convention CIRDI) est la nature de la compensation due au titre de la ou des violations déjà établie(s) par le Tribunal Initial et, si le présent Tribunal devait conclure qu'une telle compensation doit se faire sous une forme pécuniaire, son montant."*

Contradiction avec la S.I. La seule "*nature de la compensation due*" dans la SI est la pécuniaire. Une compensation d'une autre nature n'a jamais été envisagée dans la S.I., ni lors de la procédure de resoumission -ni dans les Ordonnances de Procédure, ni dans le Mémoire (§§373-377)<sup>558</sup> ni dans la Réplique des Demanderesses (§§476-488)<sup>559</sup>, ni par la Défenderesse dans le *Counter-Memorial* du 27-10-2014 (§§130, 131, 221- 227 ; 250), ni dans le *Rejoinder on Resubmission* du 8-03-2015 (§§5, 66).

\*

- **§187.** Mme. Pey Grebe n'a pas de *ius standi*.

Contradiction avec 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).<sup>560</sup>

\*

- **§195.** *"Cela (...) semble toutefois, à première vue, constituer un obstacle insurmontable au souhait des Demanderesses de faire valoir maintenant un droit à des dommages-intérêts qui, par essence, est fondé sur cette dépossession initiale, en recourant, à titre d'élément essentiel de sa demande, à la valeur des biens alors confisqués."*

Contradiction avec la SI (§§ 419-466 ; 665-674), et avec la Décision du Comité *ad hoc* dont le §168 affirme :

*"(...) le Comité considère que, aux fins des motifs invoqués, le Tribunal a appliqué l'article 2(2) de l'API<sup>561</sup> et le droit chilien applicable pour conclure que l'investissement effectué par*

---

<sup>558</sup> Pièce C8

<sup>559</sup> Pièce C40

<sup>560</sup> Voir *infra* la Section 2.7 : *" La Sentence en resoumission a commis un excès manifeste de pouvoir en refusant le ius standi de la successeur aux droits de M. Victor Pey "*

*M. Pey Casado en 1972 était bien couvert par l'API. En outre, le Comité est d'accord avec les Demanderesses sur le fait que l'on aurait pu faire valoir que l'obligation d'accorder une réparation au titre de la violation de droits perdure même si les droits en tant que tels ont pris fin, dès lors que l'obligation au titre du traité en question était en vigueur à l'égard de l'État concerné au moment de la violation alléguée. Ces principes ont été respectés par le Tribunal dans la section de la Sentence consacrée à l'application de l'API ratione temporis" (citations omises).*

\*

- **§198.** "[les Demanderesses cherchent à tirer la conclusion que] *ce qui a constitué en fait (si non dans la forme) la confiscation est intervenue avec la Décision n° 43*"

Contradiction avec la SI (§674) et la Décision du Comité *ad hoc* (§233) :

*"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 43 était discriminatoire à l'encontre des Demanderesses et violait donc l'article 4 de l'API"<sup>562</sup>.*

Les Demanderesses n'ont nulle part cherché à conclure, dans la procédure de resoumission des questions surgies entre les parties en 2000 et 2002, que la confiscation serait intervenue avec la Décision n° 43.

\*

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

Contradiction manifeste avec la SI et la Décision du Comité *ad hoc*, qui font un usage systématique de la compensation sous forme de réparation pécuniaire :

- dans la Décision du Comité, §§29, 30, 31, 65, 66, 229, 258, 504, 569, note 206, 521, 522, 525, y compris pour le dommage moral (§§59, 60, 258) ;
- dans la SI, pp. 78 ; 29 ; et bien qu'annulés -exclusivement pour contradiction "*dans le raisonnement suivi par le Tribunal pour déterminer les modalités de calcul*" du *quantum*<sup>563</sup> -mais indicatifs de l'intention du TI à l'égard de la nature de la compensation, les §§715 –la Note 647 renvoie à six Sentences et deux Décisions de compensation pécuniaire-, 689, 685, 662, 661, 648. La seule mention à la "*satisfaction morale*" a été faite dans le contexte de "*la demande relative au dommage moral*" (§704)

---

<sup>561</sup> Article 2(2): "*Le présent Traité (...) 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.*"

<sup>562</sup> **Pièce C20**, Décision du Comité *ad hoc*

<sup>563</sup> **Pièce C20**, Décision du Comité *ad hoc*, §283

\*

- **§201.** *"Replaçant 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."*

Contradiction avec la SI, dont tous les fondements du para. 3 du Dispositif portent sur la réparation pécuniaire. Comme l'affirme l'Arrêt de la CIJ du 17-03-2016, *Colombie c. Nicaragua*, p. 61 :

*"§61. La décision de la Cour est contenue dans le dispositif de l'arrêt. Cependant, afin de préciser ce qui est couvert par l'autorité de la chose jugée, il peut s'avérer nécessaire de déterminer le sens du dispositif par référence aux motifs de l'arrêt en question"*

Ce même principe a été soutenu par les Demanderesses.<sup>564</sup>

\*

- **§198.** *"En ce qui concerne la seconde conséquence (à savoir que la confiscation effective n'est intervenue qu'avec la Décision n° 43)*

Contradiction avec la SI et la Décision du Comité *ad hoc*, voir le §233 de la Décision du Comité *ad hoc* :

*"Les Demanderesses, dans la longue citation extraite de leur Contre-mémoire et reproduite ci-dessus, ont démontré, d'une manière tout-à-fait convaincante pour le Comité, que le Tribunal a amplement motivé sa conclusion selon laquelle la Décision n° 43 du Chili était discriminatoire à l'encontre des Demanderesses et violait donc l'article 4 de l'API. La demande en annulation présentée par la Défenderesse sur le fondement de ce motif est donc rejetée".*

La SI associant la "Décision 43" avec la discrimination et le déni de justice intervenues après la date du 3 novembre 1997, lors de la procédure de resoumission les Demanderesses n'ont affirmé nulle part que la "Décision 43" constituerait une "confiscation" et moins encore que *"la confiscation effective n'est intervenue qu'avec la Décision n° 43"*

\*

- **§203.** *"Pour ce faire, le Tribunal doit appliquer, à défaut de règles spécifiques dans le TBI, les règles applicables du droit international général."*

Contradiction de la SR avec l'article 10(4) de l'API et l'article 42(1) de la Convention. La SR n'applique nullement le droit applicable. Les Demanderesses avaient sollicité dans leur Mémoire :

---

<sup>564</sup> Voir par exemple, dans la **pièce C43** la transcription des audiences d'avril 2015 (pages 35-36, 61, 82, 83, 158, 159, 167, 168), dans la **pièce C40** le Mémoire en Réplique du 9 janvier 2015, §§ 191-235.

"116. En l'espèce, l'accord des parties est contenu dans l'API de 1991, en vigueur depuis le 29 mars 1994, et en particulier en son article 10 (4) qui prévoit : L'organe arbitral statuera sur la base des dispositions du présent Traité, du droit de la partie contractante qui serait partie à la controverse - y compris les règles relatives aux conflits de lois - et des termes d'éventuels accords particuliers conclus en rapport avec l'investissement, de même que des principes du droit international en la matière (nous soulignons). 117. Il résulte de cet article 10 (4) de l'API que le Tribunal arbitral devra se prononcer sur l'indemnisation due aux Demanderesses en application des dispositions de l'API (4.1.1), des dispositions de droit chilien pertinentes (4.1.2) et des principes du droit international et notamment des principes généraux du droit international (4.1.3).".

La SR a complètement ignoré les normes constitutionnelles et légales telles qu'appliquées par les juridictions internes, invoquées à l'appui des prétentions des Demanderesses sur la base des preuves produites dans leurs écritures du lien de causalité entre les infractions à l'art. 4 de l'API, le dommage résultant de celles-ci et la nature de la compensation due.

Audiences, page 35-41<sup>565</sup> :

- Page 35. "*En quoi a consisté le dommage découlant du déni de justice? Notre Mémoire en Réplique a affirmé qu'un fait constitutif de déni de justice a consisté à retenir pendant toute la durée de l'arbitrage initial le jugement sur le fond de la Première Chambre de Santiago, afin de priver les Demanderesses, et donc le Tribunal arbitral initial, de la preuve judiciairement établie des rapports de droit de leur investissement avec l'État, à savoir que lorsque le premier différend est né le 6 septembre l'investissement n'était pas légalement sorti du patrimoine des Demanderesses, celles-ci avaient droit à sa restitution ou compensation conformément aux normes de droit que les tribunaux du Chili appliquent aux investisseurs chiliens visés par les décrets confiscatoires édictés en application du décret-loi 77 de l'année 1973. Depuis ce jour du 6 septembre 1995 l'État du Chili s'est systématiquement appliqué à détruire ces droits des investisseurs étrangers par tous les moyens, licites ou illicites. Et il les a détruits effectivement. Nous pourrions nous arrêter ici. Mais nous y avons ajouté et étayé dans le Mémoire en Réplique, aux paragraphes 260 à 291, que cette destruction des droits des investisseurs a été faite, en plus, par le biais d'une escroquerie à la procédure et à la Sentence arbitrale (...)*".

En quoi a consisté le dommage découlant du déni de justice (Audiences, pages 42-48) :

- Page 42 : "*le paragraphe 666 [de la SI] dans lequel le Tribunal rappelle, premièrement, la propriété de M. Pey sur les actions des sociétés et le fait que cela résultait d'un jugement interne chilien [en 1995] (...) la loi de 1998, dont on a parlé ce matin, n'est pas le seul moyen d'obtenir une réparation au Chili pour les confiscations qui sont intervenues dans les années 1973 et suivantes. En effet, (...) nombre de personnes et d'entreprises dont les biens avaient été saisis lors du coup d'État ou à la suite de ce coup d'État, ont porté leurs réclamations, une fois la démocratie rétablie au Chili, devant les juridictions chiliennes non pas sur le fondement de la loi de 1998 mais sur le fondement de la Constitution, la nullité de droit public des décrets de confiscation, et, finalement, les fondements de droit civil (...) Dès lors, l'affirmation de la République du Chili, dans sa duplique que l'on trouve au paragraphe 141<sup>566</sup>, qui tend à dire que le seul droit, et je vais faire cette citation en anglais: "The only right to compensation that Claimants possibly could have acquired in Chile — but in fact did*

<sup>565</sup> Pièce C43

<sup>566</sup> Pièce C262, *Chile's Rejoinder*, 9 mars 2015

not acquire — for the expropriation of El Clarín would have been a right created by virtue of the adjudication of a claim asserted by Claimants under the 1998 Reparations Law", *cette affirmation est inexacte* [néanmoins acceptée par la SR]<sup>567</sup>. *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 [p. 674] c'est que les biens concernés doivent bien faire l'objet d'une réparation [conformément aux normes constitutionnelles et légales appliqués aux investissements nationaux visés par le Décret-loi confiscatoire n° 77 de 1973 et invoquées par les Demanderesses]. Les revendications étaient les mêmes, et ils ont été indemnisés. (...) Voilà les éléments constitutifs du traitement discriminatoire, un traitement différencié tout simplement entre, d'une part, un investisseur étranger, M. Pey et, d'autre part, les autres victimes ou prétendues victimes, en l'occurrence pour les bénéficiaires de la Décision 43, des confiscations prises en application du décret-loi 77. Quel est donc le préjudice qui résulte de cette violation ? Les Demanderesses considèrent qu'à partir du moment où il y a un traitement discriminatoire reconnu et avéré, elles ont le droit d'être traitées de la même manière que les autres personnes [indemnisées après la date critique de 1994 pour avoir été visées par le Décret-loi confiscatoire n° 77 de 1973] et donc, d'obtenir réparation pour les confiscations qu'elles ont subies (...)*".

\*

- §211. "Ce qu'a annulé le Comité c'est la méthode défectueuse selon laquelle le Tribunal Initial est arrivé à la compensation due au titre de la violation ainsi constatée."

Contradiction avec la Décision du Comité *ad hoc*, qui au §271

*"a conclu à l'existence d'une erreur annulable dans le processus suivi par le Tribunal pour parvenir à sa conclusion, et non dans les modalités de calcul du montant des dommages-intérêt"*

et au §286

que *"la question qui se pose en l'espèce n'est pas en soi celle du **quantum** des dommages-intérêts déterminés par le Tribunal. Le problème ne réside pas non plus en soi dans la méthode retenue par le Tribunal pour évaluer les dommages subis par les Demanderesses. La question réside précisément dans le raisonnement suivi par le Tribunal pour déterminer les modalités de calcul appropriées qui (...) est manifestement contradictoire."*<sup>568</sup>  
[Soulignement ajouté].

La SR a enfreint l'essence même de l'autorité de la chose jugée de la SI en remplaçant la réparation à fixer par la voie du "*calcul du montant*" et de "*l'évaluation des dommages-intérêts*" par la réparation sous la modalité de "satisfaction" morale :

Sentence en resoumission :

<sup>567</sup> **Pièce C9**, Sentence en resoumission, §§232 *in fine* et 233 : "*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.*"

<sup>568</sup> **Pièce C20**

§201 "Le Tribunal ne voit dans la Sentence Initiale aucun signe que le Tribunal Initial entendait faire un usage systématique sur le plan conceptuel de ces divers termes qui justifierait de traiter le paragraphe 3 comme une décision délibérée que des dommages-intérêts doivent nécessairement être octroyés."

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

\*

- §211. "Ce Tribunal éprouve des difficultés à tirer avec précision les conséquences que le Tribunal Initial a considéré découler de ses conclusions aux paragraphes 659, 665 et 674 qui viennent d'être cités, et il n'a ni le pouvoir ni la permission de rouvrir le dossier ni de substituer ses propres conclusions à celles du Tribunal Initial. Sa mission se limite (comme indiqué ci-dessus) à établir le préjudice dont il est prouvé qu'il a été causé aux Demanderesses par la violation ci-dessus."

En refusant d'exercer sa compétence sur les questions surgies entre les parties à partir de mai 2000 pour lesquelles la SI a condamné l'État du Chili le Tribunal de resoumission a rouvert le dossier et à substitué ses conclusions à celles de la SI.

\*

- §215. "le motif de fond [de l'annulation partielle de la SI par le Comité a.h.] était que la méthode que le Tribunal Initial a décidé d'adopter de sa propre initiative, afin de réparer la violation, était en contradiction directe avec ses conclusions sur la nature de la violation elle-même."

Contradiction avec la Décision du Comité *ad hoc*, qui NULLE PART ne fait mention de "la nature de la violation" commise par l'État, ni de "la nature de la réparation". Bien au contraire, dans ses §§271 et 286 la Décision du Comité *ad hoc* a pris soin de confirmer "**les modalités de calcul du montant des dommages-intérêt**" et "**la méthode retenue par le Tribunal pour évaluer les dommages subis par les Demanderesses**" appliqués dans la Sentence initiale. Encore une fois, hormis la non réouverture des débats par le Tribunal initial, qui n'a pas permis aux parties l'occasion de présenter comme il convenait leur argumentation sur l'équivalence du *quantum* des dommages causés par la violation à l'article 4 de l'API et ceux de l'expropriation – "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"<sup>569</sup> - le Comité *ad hoc* a seulement retenu une contradiction dans le raisonnement suivi par le Tribunal -ce que la SR a métamorphosé en remplaçant les concepts et enfrenant ainsi la *res iudicata*.

\*

- §215. "Le Tribunal pourrait en outre relever (...) une autre critique (...) à l'encontre des parties annulées de la Sentence Initiale, à savoir la manière selon laquelle elles tendent à faire abstraction de la distinction entre le préjudice (et la question connexe du lien de causalité) et l'évaluation de la compensation due au titre de ce préjudice. (...) le Comité *ad hoc* avait en tout état de cause

---

<sup>569</sup> Pièce C20, Décision du Comité *ad hoc*, §266

déterminé que les parties pertinentes de la Sentence Initiale devaient être annulées pour d'autres motifs. Mais il s'agit d'un point qui doit demeurer au premier plan dans l'examen de ce Tribunal lorsqu'il abordera avec un nouveau regard la question de la compensation."

Contradiction avec la SI telle que confirmée par le Comité *ad hoc*. Alors que la SI a tranché dans le Ch. VII ("*Responsabilité de l'État*", *res iudicata*) le rapport de causalité entre la violation de l'article 4 de l'API, le préjudice et le dommage, par le biais du Ch. VIII ("*Dommages*", dont les paras. relatifs à l'évaluation du dommage ont été annulés par le Comité *ad hoc*) la SR introduit pour la première fois, sans en avoir prévenu les Demanderesses ni leur avoir offert l'opportunité d'être entendues, une "critique" et un "point" exprimant des divergences sur ce qui a été tranché dans le Ch. VII. Sur la base de cette "surprise", *inaudita parte*, la SR "aborde avec un nouveau regard" rien de moins que "le préjudice", "le lien de causalité" et "la compensation due au titre de ce préjudice." La SR a commis ici un excès manifeste de pouvoir, une inobservation grave d'une règle fondamentale de procédure et des contradictions constitutives d'un défaut de motifs.

\*

- §216. "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, 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. (...)

La SR écarte le fait que ces "actions de la Défenderesse" apportent précisément une partie de la preuve indispensable pour identifier le montant du dommage causé par la violation de l'article 4 de l'API pour laquelle la SI a condamné l'État du Chili, et donc incontournables pour l'évaluation de la compensation, c'est-à-dire la mission même du TR.

*"cet argument n'entre clairement pas dans le champ de compétence de ce Tribunal, qui (...) est limité (...) 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 3-11-1997]. 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"*

Une contradiction insoluble avec la SI, qui a établi (§437) sa compétence sur les questions surgies entre les parties après le 3 novembre 1997 et a condamné l'État du Chili pour ses actions postérieures à cette date : a) la "Décision 43" du 28 avril 2000, b) le déni de justice dans le traitement de l'affaire des presses GOSS par le 1<sup>er</sup> Tribunal de Santiago soumis à l'arbitrage dans la Demande complémentaire du 4 novembre 2002, c) l'ensemble du contentieux lors des audiences de 2007.<sup>570</sup>

Cet excès de pouvoir du TR a eu comme conséquence un autre excès de pouvoir et un manquement au droit de défense des Demanderesses, à savoir l'absence de toute prise en considération des preuves produites par les Demanderesses dès le moment que, par

<sup>570</sup> Pièce C2, Sentence arbitrale initiale, voir notamment les §§598 *in fine*, 624 et 665-674

définition, elles portaient sur des questions, circonstances surgies après la date du 3 novembre 1997 (ce qu'occultait le déni de justice soumis en 2002 au TI -composante déterminante de l'étendue des dommages à compenser - ne peut être élucidé que postérieurement), ce qui permet à la SR d'affirmer (§233) que les Demanderesses n'ont pas apporté le moindre

*"commencement de preuve que la Défenderesse, en sa qualité de partie adverse, devrait réfuter",*

et aux paras. 3 et 4 du Dispositif 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 ;  
que le Tribunal ne peut donc pas octroyer aux Demanderesses de compensation financière à ce titre."*

\*

- §223. Afin d'éclairer "le **raisonnement du Tribunal Initial dans les parties non annulées de sa Sentence**", la SR relève au §227 que

*"le Tribunal Initial indique ... (au 677) que l'État chilien reconnaît l'illégalité de la confiscation initiale et l'obligation correspondante d'accorder une indemnisation".*

La SR fait preuve ici encore d'un cheminement qui laisse sans effet pratique deux des fondements des paras. 1 à 3 du Dispositif de la SI - à savoir, que la décision de justice du 29 mai 1995 avait reconnu la propriété de M. Pey sur la totalité des actions de CPP S.A. (SI, §§77,163, 210,215, 444), et que l'État du Chili avait reconnu devant le TI l'invalidité de la confiscation des biens de CPP S.A. et le devoir d'indemniser le dommage causé (SI, §§665-674). Ce cheminement a été le suivant :

- i. D'abord, dans le §223 de la SR le Tribunal réexamine la SI et *"prend en compte (...) les paragraphes 675, 677 et 680, qui (...) [ont] été annulés"*,
- ii. Ensuite le §227 de la SR place aux §§675 et 677 de la SI, annulés,
 

*"que le Tribunal Initial indique (au paragraphe 675) qu'il a constaté que M. Pey Casado était bien le propriétaire des biens confisqués et (au paragraphe 677) que l'État chilien reconnaît l'illégalité de la confiscation initiale et l'obligation correspondante d'accorder une indemnisation".*
- iii. Or, alors que, comme on l'a vu, la SI a situé au Chapitre VII -" *Responsabilité de l'État*", au §667, à la nbp n° 617 et aux §§668-669, non annulés- la reconnaissance par l'État devant le TI de *"l'invalidité des confiscations et [du] devoir d'indemnisation"* aux propriétaires *"des biens de CPP S.A. et Clarin Ltée."*,
- iv. Au lieu de cela le §223 de la SR situe au §677 de la SI -qu'il dit "annulé"- cette reconnaissance par l'État du Chili qui avait débouché sur le §674, non annulé - caractérisant la Décision 43 et la paralysie des revendications de M. Pey comme déni de justice et manquement au TJE - et les paras. 1 à 3 du Dispositif de la SI.

- v. Un tiers qui lirait la SR serait donc porté à croire de bonne foi que le Comité *ad hoc* aurait annulé ces deux constats essentiels des paras. 1 à 3 du Dispositif de la SI. Et, en conséquence, il trouverait probablement raisonnable le cheminement qui a mené le TR
- a) À refuser sa compétence (dans l'instance qui, selon le §188 de la SR elle-même, "*est le prolongement de l'arbitrage initial*") sur les conséquences des violations de l'API à la base d'une condamnation de la SI "aberrante", comme l'affirmait le représentant personnel, depuis 2002, du Président de la République du Chili dans la présente procédure, Me Jorge Carey, anticipant un an presque jour pour jour le sens des §§198 et 227 de la SR radicalement contraire à la *res iudicata*:

*« Le Chili, pour sa part, a soutenu, entre autres choses, hormis le fait que M. Pey n'a jamais été propriétaire de El Clarín, que le Chili ne lui doit aucune somme, parce qu'il a décidé volontairement et expressément de se soustraire aux procédures instituées par la Loi de Réparation, et, par suite, il n'a souffert aucun dommage comme conséquence de la Décision 43. Il faut espérer que, dans la prochaine sentence, les raisons juridiques prévaudront et que le Chili ne soit pas confronté, encore une fois à une sentence aberrante comme le fut celle de 2008.»<sup>571</sup>*

La rédaction de la SR est substantiellement conforme à la mauvaise foi criante de ce raisonnement : après avoir affirmé que M. Pey n'a jamais été propriétaire de El Clarin (§223, 227 de la SR), elle affirme que c'est parce qu'il s'est soustrait volontairement à la procédure établie par la Loi n° 19.568 de 1998 que l'État ne lui devrait rien ! (§§232-234 et 198 de la SR)

- a) À écarter toutes les preuves produites par les Demanderesses pour évaluer un dommage dont le fondement principal dans la SI a été présenté comme annulé,
- b) compte tenu que le fondement commun de a) et b) dans la SI était très exactement "*l'invalidité de la confiscation*" des biens de CPP S.A. et "*le devoir d'indemniser*" que l'État du Chili a reconnu devant le TI.

Or, la preuve du fait que le cheminement de ce raisonnement de la SR est une métamorphose qui vide de substance la *res iudicata* de la SI figure dans la note de bas de page de ce §677 (Ch. VIII) : **cette note renvoie expressément au §667, non annulé, de la SI** (Ch. VII).

<sup>571</sup> **Pièce C281**, Jorge Carey : "*¿En qué está el Caso Clarín?*": "*Chile, por su parte, ha sostenido, entre otras cosas, más allá de que el señor Pey nunca fue dueño de El Clarín, que Chile no le debe suma alguna a Pey porque él decidió voluntaria y expresamente sustraerse de los procedimientos que estableció la Ley de Reparación y, por ende, no sufrió ningún daño como consecuencia de la Resolución 43. Es de esperar que en el próximo fallo primen razones jurídicas y Chile no se enfrente, una vez más, a un fallo aberrante, como lo fue el del año 2008*", journal El Mercurio (Santiago), 19 septembre 2015

Le raisonnement et les conclusions de la SR selon lesquels le Comité *ad hoc* aurait annulé les fondements essentiels de la SI qui figurent dans le réexamen qu'en fait le §227 de la SR, sont démentis par la SI elle-même.

Ce paragraphe devrait être annulé, de même que les paragraphes qui en découlent, les §§228-231, et les Sections dont ceux-ci constituent l'une des prémisses essentielles, à savoir :

"I. Les Demanderesses ont-elles satisfait à la charge de prouver le préjudice", "J. Les Demanderesses ont-elles rempli la charge de prouver un dommage quantifiable ?", "K. La demande fondée sur l'enrichissement sans cause", "L. La demande fondée sur le préjudice moral", "M. Les options qui s'offrent au Tribunal", "IV. Coûts", "C. La décision du Tribunal sur les coûts", de même que les paras. 2 à 7 de la Décision (§256).

\*

- **§228.** "*Ce Tribunal tire de ce qui précède les conclusions suivantes (...) la confiscation initiale d'El Clarín et des actifs s'y rattachant qui appartenaient à M. Pey Casado a été consommée en 1975 et est donc hors du champ du TBI ; tous les arguments fondés sur la confiscation ou en découlant ne peuvent pas être pris en compte (...) sauf dans la mesure où ils constituent des éléments factuels pour les questions qui entrent valablement dans le champ du différend au regard du TBI.*"

Contradiction double :

1) avec l'autorité de la chose jugée de la SI, qui constate la reconnaissance par la décision d'un Tribunal de Justice de Santiago du 29 mai 1995 que M. Pey était le propriétaire de toute les actions de CPP S.A, ainsi que la responsabilité de l'État,

2) avec le raisonnement même de la SR, dès lors que celle-ci écarte des éléments factuels qui entrent valablement dans le champ du différend au regard de l'API et du TR, indispensables à la mission confiée à ce dernier, à savoir évaluer le *quantum*, donc l'étendue du préjudice,

Alors que la SI a condamné l'État à indemniser les Demanderesses (§674) compte tenu, notamment,

- a) de la *res iudicata* des §§665-669, à savoir les "*déclarations* [le 6 mai 2003]<sup>572</sup> de l'*invalidité des confiscations et du devoir d'indemnisation* parfaitement claires de la défenderesse dans la présente procédure", et
- b) de la discrimination consistant en ce que "*cette politique* [d'indemnisation par l'État] *ne s'est pas été traduite dans les faits, en ce qui concerne les demanderesses, pour des raisons diverses qui, au moins pour partie, n'ont pas été révélées ou clairement expliquées par les témoignages ou les autres preuves fournies au Tribunal arbitral*" (§669 de la SI),

<sup>572</sup> Pièce C2, Sentence initiale, page 214, nbp n° 617,

le TR a enfreint la *res iudicata*:

- a) en refusant de prendre en considération que le Comité *ad hoc* a déclaré *res iudicata* les §§667-669, un fondement du §674 et des paras. 1 à 3 du Dispositif de la SI,
- b) en refusant *in limine* toutes les preuves produites par les Demanderesses sur la base de *l'invalidité des confiscations et du devoir d'indemnisation parfaitement claires de la défenderesse dans la présente procédure* ;
- c) en isolant ces preuves des §§667-674 de la SI -un des fondement des paras. 1 à 3 du Dispositif de celle-ci - les encapsulant dans des considérations relatives au Décret n° 165, sans distinguer ce qui concerne les conséquences du statut de ce Décret durant la procédure initiale -que la Sentence du 8 mai 2008 a été contrainte de considérer (§603) comme n'ayant pas été "*mis en question par les juridictions internes*" - du contenu des §§667-674, qui ont l'autorité de la *res iudicata* ;
- d) lorsque la SR va jusqu'à l'extrême de regretter ne pas avoir écarté *in limine* les arguments des Demanderesses qui étaient également fondés sur l'autorité de la chose jugée des paras. 1 à 3 du Dispositif de la SI et de leur fondement dans les §§665-674:

§236. "*Le Tribunal ajoute (...) que, si la question avait été soumise à sa décision, il aurait été disposé à faire droit à l'objection de la Défenderesse à la recevabilité de toutes les parties des arguments des Demanderesses relatif aux dommages qui étaient fondées directement ou implicitement sur la valeur de confiscation de l'investissement initial (...)*"

\*

- §228. "*Les questions qui entrent valablement dans le champ du différend au regard du TBI, à savoir les allégations, soutenues par les Demanderesses, tirées d'une violation de l'article 4 du TBI (traitement juste et équitable) résultant des retards dans l'affaire de la rotative Goss et de la Décision n° 43, sont distinctes, tant sur le plan factuel que juridique, de l'expropriation initiale.*"

Cette affirmation, parfaitement juste au demeurant dans son contenu, constitue cependant une contradiction interne de la SR. Ce "retard" et la Décision n° 43 sont des actions survenues après le *dies ad quem* – le 3 novembre 1997- de la compétence que la SR s'est attribuée. Le TR exige ici, à juste titre, des arguments et des preuves distinctes de ce qui a été produit devant le TI (par non réouverture des débats relatifs au *quantum*, d'où l'annulation de cette partie de la SI), mais que la ST a interdit matériellement aux Demanderesses d'invoquer par le biais de déclarer, *inaudita parte*, hors compétence "*les questions qui ont surgi entre les Parties après la date du 3 novembre 1997.*" (§216).

\*

- §231. "*La question qui demeure pour le Tribunal, et il s'agit de la question centrale dans la présente instance de nouvel examen, est celle de savoir si, et dans quelle mesure, les Demanderesses ont satisfait à la charge de prouver quel préjudice a été causé à l'une ou/et l'autre du fait de la violation par la Défenderesse de la norme de traitement juste et équitable du TBI, puis d'établir en termes financiers le dommage quantifiable correspondant.*"

La SR a écarté préalablement (§216) de sa compétence les questions qui ont surgi entre les parties après le 3 novembre 1997, se procurant ainsi un moyen pour écarter ensuite TOUTES les preuves produites par les Demanderesses, qui portaient obligatoirement sur les dommages causés par les infractions à l'article 4 de l'API actions qui ont eu lieu à partir du mois de mai 2000, les seules pour lesquelles la SI initiale a condamné l'État du Chili.

La SR a écarté également le rejet par le Comité *ad hoc* de la prétention du Chili que les Demanderesses n'avaient pas "*satisfait à la charge de la preuve de leur préjudice qui pesait sur elles*".<sup>573</sup>

La SR n'ayant pas respecté l'autorité de la chose jugée de la SI en matière de compétence *ratione temporis*, elle a interdit de défense les Demanderesses.

\*

- §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...*"

Cette affirmation est véritablement extraordinaire : les Demanderesses n'ont cessé de le faire ! Pouvaient-elles imaginer, en toute bonne foi, avant la lecture de la SR, que le TR allait commettre l'excès de pouvoir et le biais apparent de reconsidérer et modifier la compétence établie dans la SI avec l'autorité de la chose jugée, de façon à s'autoriser à être sourd, aveugle et muet devant le foisonnement de preuves apportées par les Demanderesses?

\*

- §232. "*La Défenderesse soutient que, en vérité, si l'on se concentre sur la violation réelle (et ses éléments constitutifs) établie par la Sentence Initiale, 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 ; 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). Ou la Défenderesse a présenté la question d'une manière différente, en soutenant que, si les Demanderesses pouvaient être présumées avoir subi quelque dommage, la cause immédiate du dommage était constituée par leurs propres actes.*"

---

<sup>573</sup> **Pièce C20**, Décision du Comité *ad hoc*, §272-275, 277 ("*afin de dissiper tout doute en ce qui concerne la Demande du Chili, le Comité décide de la rejeter*")

- §234. "Le Tribunal estime que les arguments avancés par la Défenderesse sont parfaitement fondés."

Nous atteignons ici à un paroxysme : la dénégation intégrale de la SI. Ce paragraphe démontre, une fois encore, le biais apparent du TR : il ignore complètement l'autorité de la chose jugée des §§658-664 (dénégation de justice) et 665-674 (manquement au Traitement Juste et Équitable) pour lesquels la SI a condamné l'État du Chili.

La SR fait fi ici du sens, dénué d'équivoque, de cette conclusion dans la SI, *res iudicata*, qui prend acte de la reconnaissance par l'État du Chili devant le TI du fait suivant :

§647. "En ce qui concerne la Décision n°43, la défenderesse a soutenu, comme le Tribunal l'a rappelé ci-dessus, que "les réclamants n'ont jamais été propriétaires des biens confisqués. (...)

§648. « Comme le Tribunal arbitral l'a rappelé ci-dessus, pour la partie défenderesse, la Décision N°43 ne se référait qu'à des tiers et non aux Demanderesses, et qu'en tout cas elle n'avait causé aucun préjudice aux Demanderesses compte tenu du fait qu'elle avait simplement donné un avis sur la compensation à des tiers, sans prétendre se prononcer sur un quelconque droit de propriété que pourraient avoir les Demanderesses ".<sup>605744</sup>

Or la SR accepte que l'État du Chili ait modifié ces mêmes faits pendant la procédure de resoumission :

§232. "La Défenderesse soutient que, en vérité, si l'on se concentre sur la violation réelle (et ses éléments constitutifs) établie par la Sentence Initiale, (...) 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."

Rappelons ce qui est *res iudicata* dans la SI et que la SR a implicitement rejeté :

§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. »

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

§669. « Le Tribunal arbitral ne peut que prendre note avec satisfaction de telles déclarations, qui font honneur au Gouvernement chilien. Malheureusement, **cette politique ne s'est pas été traduite dans les faits, en ce qui concerne les demanderesses**, pour des raisons diverses qui, au moins pour partie, n'ont pas été révélées ou clairement expliquées par les témoignages ou les autres preuves fournies au Tribunal arbitral."

§674. « Dans le cas d'espèce, en résumé, **en accordant des compensations – pour des raisons qui lui sont propres et sont restées inexpliquées – à des personnages qui, de l'avis**

<sup>574</sup> [604 Contre-mémoire de la défenderesse du 3 février 2003, p. 144. V. aussi la transcription de l'audience du 6 mai 2003, p. 399 (Me Di Rosa).]

**du Tribunal arbitral, n'étaient pas propriétaires des biens confisqués, en même temps qu'elle paralysait ou rejetait les revendications de M. Pey Casado concernant les biens confisqués, la République du Chili a manifestement commis un déni de justice et refusé de traiter les demanderesses de façon juste et équitable. »**

Dispositif : "Le Tribunal arbitral, à l'unanimité, 1. décide qu'il est compétent pour connaître du litige entre les demanderesses et la République du Chili ; 2. constate que la défenderesse a violé son obligation de faire bénéficier les demanderesses d'un traitement juste et équitable, en ce compris celle de s'abstenir de tout déni de justice ; 3. constate que les demanderesses ont droit à compensation."

La SR ne tient pas compte que l'État du Chili n'a pas produit le moindre indice d'un engagement formel à indemniser les Demanderesses en vertu de la SI, ni du fait que dans la nouvelle soumission il persiste à nier la propriété de M. Pey sur les actions de CPP S.A., et, par voie de conséquence, qu'il n'y a jamais eu d'investissement étranger au sens de l'API. Ce qu'il a réitéré dans son intervention de clôture des audiences le 16 avril 2015, en réponse à la réouverture de cette question la veille par le TR (voir §295 *supra*).

Quant au préjudice souffert du fait du déni de justice constitué par le retard dans l'affaire GOSS, loin de se limiter à ce qui concernait les presses, il occultait le statut du Décret confiscatoire : composante majeure et de très grande ampleur dudit préjudice, précisément ce dont le TR a écarté toutes les preuves.

\*

- **§233.** "Le Tribunal estime que les arguments avancés par la Défenderesse sont parfaitement fondés. (...) il n'y a pas de commencement de preuve que la Défenderesse, en sa qualité de partie adverse, devrait réfuter."

Voir *supra* les commentaires aux §216 et 223 de la SR.

Ce que la Défenderesse a réfuté tout au long de la procédure de resoumission est, en fait, la *res iudicata* de la SI, à la suite de quoi la SR a reconsidéré la SI -entre autres les paragraphes de la SI cités ci-dessus- et a écarté les preuves produites par les Demanderesses sur la base de la SI.

La SR fait fi de l'autorité de la chose jugée de la SI selon laquelle la privation des droits des Demanderesse reconnus dans la décision de justice interne du 29 mai 1995 et clairement caractérisés dans la SI (§§210 *in fine*, 215, 244, 666 ;665-674) est constitutive de l'infraction à l'article 4 de l'API qui a causé le dommage subi par les investisseurs.

\*

- **§236.** *"Le Tribunal ajoute - bien que ce soit nécessairement un obiter dictum - que, si la question avait été soumise à sa décision, il aurait été disposé à faire droit à l'objection de la Défenderesse à la recevabilité de toutes les parties des arguments des Demanderesses relatifs aux dommages qui étaient fondées directement ou implicitement sur la valeur de confiscation de l'investissement initial, 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.*

Biais apparent manifeste conduisant le TR à une contradiction avec la SI (paras 1 à 3 du Dispositif), et à une affirmation dépourvue de la moindre justification.

La Décision du Comité *ad hoc* a explicitement admis (§226) qu'une estimation fondée sur une démarche liée à la valeur de l'investissement à la veille de sa saisie peut légitimement fournir le chiffrage exact d'une valeur à prendre en considération dans le cadre d'une démarche pour violation de l'article 4 de l'API pour manquement au traitement juste et équitable. Ce qui ne contredit en rien le rejet par le TI de la Requête initiale *ex* article 5 de l'API, à laquelle fait allusion le dernier membre de phrase de ce §236.

L'affirmation du §236 de la SR n'a aucun sens, sinon l'expression d'un biais apparent.

\*

- **§238.** *"Il y a deux manières possibles d'analyser la demande fondée sur l'enrichissement sans cause. L'une consiste à la considérer comme une demande autonome à part entière. C'est ainsi que le Tribunal interprète le paragraphe 380 de la Réponse des Demanderesses, qui est fondé sur la simple allégation que, du fait que la Défenderesse a été en possession des biens confisqués" (soulignement ajouté). §239 : "(...) Cette version de la demande fondée sur l'enrichissement sans cause doit donc être rejetée."*

Les §§378 et 380 de la Réplique des Demanderesses du 9 janvier 2015<sup>575</sup> affirmaient :

§378. *"Comme les investisseurs ont indiqué dans leur Mémoire en Demande<sup>414</sup> <sup>576</sup>, la restitution du montant de l'enrichissement sans cause est conforme au droit interne et international, sans que le Contre-mémoire y oppose des arguments valables."*

§380. *"Même dans l'hypothèse -quod non- où les agissements de l'État Défendeur 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 dédommagement perdue et l'État du Chili s'est enrichi 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 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."*

---

<sup>575</sup> **Pièce C40**

<sup>576</sup> [414 Voir le Mémoire en Demande, section 5.4.2, ¶¶ 394-408, 486, et la demande à titre subsidiaire de la section 6, ¶¶486 -503], **pièces C8 et C40**, respectivement

Cette prétention n'était pas une "simple allégation", son fondement étant le droit interne et les principes de droit international invoqués dans le Mémoire en resoumission du 27 juin 2014<sup>577</sup> (section 5.4.2, §§ 394-408, 486 ; section 6, §§486 -503), et durant l'audience du 13 avril 2013<sup>578</sup>:

*"Le rapport de causalité entre l'enrichissement injuste et l'infraction à l'article 4 de l'API découle du fait que, alors que les investisseurs avaient le 6 septembre 1995 l'expectative légitime que l'État du Chili respecterait la Constitution [les arts. 7, 10 et autres invoqués dans le Mémoire et la Requête] et les principes de droit international et leur restituerait et indemniserait l'ensemble de leur investissement, l'État du Chili s'est appliqué à nier et à annihiler leurs droits sur l'investissement, en rejetant toutes leurs réclamations, en échafaudant la Décision 43, en paralysant le jugement du premier Tribunal de Santiago avant le prononcé de la Sentence. L'accumulation de ces actions a détruit entièrement, de manière directe et délibérée, les droits des investisseurs. Le dernier clou du cercueil a été l'annulation ex parte du jugement interne daté le 24 juillet 2008".*

La violation de l'API ayant causé le préjudice est établie dans la SI elle-même, à savoir les motifs des controverses surgies entre les parties après le 3 novembre 1997 soumises à l'arbitrage à partir de 2000 ayant causé le préjudice dont découle le droit à compensation de la valeur de l'ensemble de l'investissement statué aux paras. 1 à 3 du Dispositif.

La SR ayant écarté, de sa compétence, contre la *res iudicata*, les faits survenus après le 3 novembre 1997, elle s'est ainsi donnée à elle-même le moyen de se soustraire à l'application des paras. 1 à 3 du Dispositif de la SI, du droit interne et du droit international s'agissant de la prétention relative à l'enrichissement injuste, comme il a été indiqué dans la Requête d'annulation (motif III(5)(4)).

\*

- §240. *Les calculs particuliers de M. Saura, 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."*

Nouvelle affirmation, dépourvue de tout fondement, selon lequel il irait, pour ainsi dire, de soi qu'un chiffrage précis de la valeur de l'entreprise ne saurait être valable en dehors de la requête *ex* article 5 de l'API.

Également contradiction à l'autorité de la chose jugée des §§665-674 de la SI (voir le commentaire au §§228, 323 de la SR ci-dessus), qui fonde le droit à la compensation sur **l'invalidité** de la confiscation et **le devoir d'indemniser** les propriétaires des actions de CPP S.A. reconnus par l'État du Chili devant le Tribunal initial le 6 mai 2003. Le fondement du para. 5 du Dispositif de la SR *-que la demande subsidiaire des*

---

<sup>577</sup> Pièce C8

<sup>578</sup> Pièce C43, page 62

*Demanderesses sur la base de l'enrichissement sans cause est sans fondement juridique-* constitue donc un excès de pouvoir, un défaut de motif et une manifestation de biais.

\*

- **§243.** Dommage moral. *"Si le Tribunal avait estimé que la demande relative au dommage matériel était étayée par des preuves, il aurait été disposé à examiner l'argument subsidiaire des Demanderesses selon lequel le préjudice moral (à supposer qu'il fût démontré) était un facteur à prendre en compte dans l'évaluation de la réparation appropriée au titre de la violation de la garantie d'un traitement juste et équitable ; mais, comme la demande relative au dommage matériel a elle-même été rejetée, cet argument doit également être écarté."* (Soulignement ajouté)

La demande relative au dommage matériel ayant été rejetée en contradiction avec l'autorité de la chose jugée de la SI (voir les commentaires *supra* aux §§228, 323 de la SR), le fait d'avoir écarté sur cette base l'examen de l'argument subsidiaire des Demanderesses manque *per se* de fondement.

\*

- **§244.** *"Le Tribunal regrette que les Demanderesses ne se soient pas elles-mêmes fixées pour tâche spécifique de démontrer quel préjudice et dommage particulier pouvait leur avoir été causé par la violation de la garantie d'un traitement juste et équitable prévue par l'article 4 du TBI, constatée dans la Sentence Initiale, qui, le Tribunal Initial l'avait également établi, était distincte, sur le plan juridique et factuel, de la demande initiale fondée sur la confiscation, qui avait été rejetée ratione temporis. La présente procédure de nouvel examen, qui a été très complète et détaillée, a donné aux Demanderesses la possibilité la plus large de le faire, mais elles n'ont pas saisi cette opportunité."*

Biais apparent et contradiction interne de la SR : ayant déclaré au §216 *in fine* hors compétence les actes de l'État du Chili survenus après le 3 novembre 1997, enfreignant ainsi la *res iudicata* de la SI, la SR a exclu et, de ce fait, rejeté *in limine litis* toutes les preuves des Demanderesses dès lors que celles-ci portaient sur les dommages découlant des actes survenus depuis 2000 et 2002 qui avaient enfreint l'article 4 de l'API - précisément ceux pour lesquels la SI a condamné l'État Défendeur à indemniser les Demanderesses. La SR s'est ainsi créé le moyen pour reprocher aux Demanderesses "le défaut de preuves" et pour statuer dans le sens des paras. 3 à 7 du Dispositif.

\*

- **§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."*

Biais apparent. En écartant de sa compétence les questions surgies entre les parties en 2000 et 2002 -seules soumises par les Demanderesses à l'examen du Tribunal dans la demande en resoumission du 18 juin 2013- et en rejetant, de sa propre initiative, tous les fondements factuels et de droit différents de ceux ayant présidé à la solution par le TI de la requête soumise le 3 novembre 1997, tout en en rappelant lui-même l'exigence, la SR s'est créé le moyen d'attribuer aux Demanderesses, contre la *res iudicata* de la SI et toute évidence, qu'ils auraient soumis la même demande initiale du 3 novembre 1997 sous forme déguisée (sic).

Confusion amplifiée, s'il est possible, par l'hypothèse, dépourvue de toute assise, qu'un chiffrage exact, fondé sur la valeur de l'entreprise à la veille de sa saisie afin de calculer le dommage causé par le manquement au TJE, en ce compris le déni de justice (art. 4 de l'API), serait, en quelque façon, *ipso facto* assimilable à une réintroduction de la requête du 3 novembre 1997 fondée sur la confiscation (art. 5 de l'API), alors même que les Demanderesses ont soutenu devant le TI, le 1<sup>er</sup> Comité *ad hoc* et le TR que le montant du préjudice *ex* article 4 de l'API – directement découlant des actes commis par l'État du Chili à partir de mai 2000- est équivalent à celui qui aurait couvert une indemnisation dans le cadre des §§665-674 de la SI, ce qui est tout autre chose (cfr §§24, 49,514 ci-dessus).

\*

- §244. "*La présente procédure de nouvel examen, qui a été très complète et détaillée, a donné aux Demanderesses la possibilité la plus large de le faire, mais elles n'ont pas saisi cette opportunité.*"

Biais apparent. Tout au contraire. Les Demanderesses n'ont cessé de faire exactement cela. C'est le TR qui a exclu, contre la *res iudicata*, du nouvel examen les seules questions qui lui ont été soumises avec la mission de calculer le montant des dommages, à savoir les données motivant les controverses surgies entre les parties à partir de l'année 2000.

\*

- §244. "*Compte tenu de l'expérience, des compétences et de l'expertise des conseils des Demanderesses et de leur connaissance depuis longtemps de cette affaire, ainsi que des arguments sans équivoque avancés et réitérés par la Défenderesse concernant le défaut de preuves, cette omission ne peut être considérée comme accidentelle.*"

On ne peut que se répéter : les preuves produites portent sur les dommages causés par les violations à l'article 4 de l'API soumises à l'arbitrage en 2000 et 2002 pour lesquelles la SI a condamné l'État Défendeur.

Le fait pour la SR (1) d'avoir exclu de la compétence du Tribunal les actions postérieures au 3 novembre 1997 qui a été un moyen 2) d'exclure *in limine litis* toutes les preuves produites par les Demanderesses et 3) de conclure au défaut de preuves, constituent trois manifestations de biais apparent, et, en outre, d'un excès de pouvoir qui a enfreint la *res iudicata* de la SI.

\*

- §244. "*Le Tribunal n'aurait pas pu non plus élaborer sa propre théorie sur les dommages-intérêts, distincte des arguments des Parties*"

Cette conclusion, qui enfreint également la *res iudicata* des points 1 à 3 du Dispositif de la SI condamnant l'État Défendeur à indemniser financièrement les Demanderesses, constitue un excès de pouvoir et un biais apparent manifestes, compte tenu en particulier du principe de droit international (non de "sa propre théorie", sic) que M. V. V. Veeder, Q.C., n'a pas manqué d'appliquer lui-même sept mois après dans la Sentence arbitrale du 18 avril 2017, dans l'affaire *Marco Gavazzi v Romania*<sup>579</sup> :

<i>Marco Gavazzi v Romania</i> , Award, 2017-04-18, VV.V. Veeder co-arbitre nommé par les Demanderesses	<i>Pey Casado c. Chili</i> , Award, 2016-09-13, VV.V. Veeder co-arbitre nommé par les Demanderesses
---------------------------------------------------------------------------------------------------------	-----------------------------------------------------------------------------------------------------

<sup>579</sup> Pièce CL285, ICSID Case No. ARB/12/25 Award, 18 avril 2018, accessible dans <http://bit.ly/2FBbHaJ>

<p>124. <i>Under international law, there is thus by now a well-established and well-known jurisprudence constante to the effect that, however difficult, an international tribunal must do its best to quantify a loss provided that it is satisfied that some loss has been caused to the claimant by the wrongdoing of the respondent. The alternative of simply dismissing the claim for want of sufficient proof is not regarded as a fair or appropriate result. Almost invariably, this approach requires the tribunal to reject the full extent of the parties' primary cases on quantum and their expert witnesses' methodologies. For tactical reasons, a claimant may not wish to discount downwards the full amount of its pleaded claim; and a respondent similarly may not wish to offer a result resulting in any damages being awarded in the claimant's favour. In the absence of any principle akin to "baseball arbitration" (as is absent in this case), the tribunal must then work by itself in the rational middle ground left vacant by the parties and their expert witnesses, as best it can.</i></p> <p>[Emphase ajouté]</p>	<p>199. (...) <i>la Sentence Initiale est en français et il indique, au paragraphe 3 du dispositif, qui a autorité de chose jugée, que les Demanderesses "ont droit à compensation". Le Tribunal a examiné la question de savoir si cette formulation doit être comprise comme signifiant, en soi, que les Demanderesses ont un droit bien établi à une compensation pécuniaire et que la seule question qui reste à trancher dans la présente procédure de nouvel examen est l'évaluation du montant adéquat de cette compensation. Le Tribunal est toutefois parvenu à la conclusion que ce n'est pas ainsi que doit être compris le sens et l'effet de la Sentence Initiale.</i></p> <p>201. (...) <i>Le Tribunal ne voit dans la Sentence Initiale aucun signe que le Tribunal Initial entendait faire un usage systématique sur le plan conceptuel de ces divers termes qui justifierait de traiter le paragraphe 3 comme une décision délibérée que des dommages-intérêts doivent nécessairement être octroyés (à condition, bien entendu, que leur montant ait été correctement déterminé).</i></p> <p>202. <i>Il reste alors à ce Tribunal à déterminer la nature et la forme de la "compensation" ainsi due.</i></p> <p><i>DISPOSITIF : ...2) que, comme cela a déjà été indiqué par le Tribunal Initial, sa reconnaissance formelle des droits des Demanderesses et du déni de justice dont elles ont été victimes constitue en soi une forme de satisfaction au regard du droit international au titre de la violation par la Défenderesse de l'article 4 du TBI</i></p>
---------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------	-------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------

1°. Dans l'affaire *Pey Casado et Fondation Président Allende c. la République du Chili* il y a bien eu "loss" par décision, *res iudicata*, du Tribunal arbitral initial, et la mission du TR était d'estimer le *quantum* de la compensation. Il est généralement accepté que la privation d'un investissement par une disposition que l'État lui-même a reconnue illégale devant le TI (§667-669 de la SI) constitue "a loss".

2°. Le TR s'en est totalement exonéré, tout en élaborant, à contre sens manifeste de la SI et des principes de droit international applicables, sa propre théorie de compétence/compensation.

\*

- §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 et n'était pas l'objet de la présente procédure de nouvel examen. Elle correspond donc à une obligation qui pèse toujours sur la Défenderesse et une obligation qui, comme l'a conclu le Tribunal Initial, est la conséquence d'une défaillance dans le fonctionnement du système interne du Chili pour la réparation des injustices passées qui ont été reconnues. Le Tribunal n'a aucun doute que, une fois la présente procédure de nouvel examen terminée, la Défenderesse restera consciente de cette obligation et appréciera les conséquences à en tirer d'une manière adéquate.*"

Voici une preuve additionnelle de l'incohérence, de l'arbitraire et du manque d'impartialité du TR. Il y a donc bien eu *loss*, et obligation d'indemniser dont la mission incombait au TR -le tout *res iudicata*. Mais le TR statue que cela ne le regarde pas !! Il offre ainsi à l'État du Chili – dont l'on n'a pas de mal à imaginer le cuisant souci que pourrait lui causer le fait de [rester] *consciente* - la voie pour ne pas accomplir ses obligations découlant de la Sentence initiale en repoussant l'obligation hors de sa propre mission : "*une fois la présente procédure de nouvel examen terminée*".

Alors que les paras. 1 à 3 du Dispositif de la Sentence initiale sont exécutoires depuis la Décision du Comité *ad hoc* du 18 décembre 2012 les ayant confirmés, la mise sous condition le 13 septembre 2016 de la force contraignante de la Sentence initiale - le TR *proprio motu* la considère suspendue de *facto*- enfreigne les articles 53(1) de la Convention et 10(5) de l'API.

### **Conclusions. Ratio decidendi et obiter dicta.**

670. Toutes les prétentions, tous les arguments, toutes les preuves des Demanderesses portent sur des questions qui ont surgi entre les parties après le 3 novembre 1997. Les expulser *in limine litis* en dehors de la compétence du TR dans les §§216 et 236 de la SR implique que ces deux paragraphes ont la qualité matérielle de *ratio decidendi* des paras. 2 à 6 du Dispositif de la SR.
671. Le manque de compétence du TR consiste purement et simplement pour le TR à éliminer sa propre mission *in limine*. Ceci étant établi aux §§216 et 236 de la SR, les déclarations d'ordre générale dans la section "Analyse" de la SR concernant des prétentions et des arguments des Demanderesses en vue de l'exécution des paras. 1 à 3 du Dispositif de la SI, acquièrent, dans les circonstances spécifiques de la SR, la qualité d'*obiter dicta*.

672. Le fondement du présent paradoxe est que la question déterminante du rejet des prétentions et des arguments relatifs à la fixation du montant de la compensation due aux Demanderesses se trouve dans ces §§216 et 236 de la SR. Dans le reste de l'"Analyse" le TR s'est livré, conformément au critère proclamé par M. Broches dans l'affaire SOABI, à des *obiter dicta, mutatis mutandi*.

673. Alors que dans SOABI la question déterminante était "la nationalité", en l'espèce la question déterminante est le refus d'appliquer les paras. 1 à 3 du Dispositif de la SI à la détermination du montant de la compensation due aux investisseurs :

*"La question du contrôle direct ou indirect n'était pas déterminante pour la décision du tribunal de rejeter le déclinatoire et les déclarations d'ordre général auxquelles il s'est livré sont des obiter dicta."*<sup>580</sup>

674. Ceci dit, en tout état de cause l'ensemble de la SR est entaché d'infraction à la *res iudicata* de la SI et de biais apparent à l'encontre des Demanderesses, ce qui implique que les objections qui précèdent et qui vont suivre ci-après à la SR, ne relèvent pas d'un appel sur le fond mais de la mise en évidence d'un manquement systématique et généralisé à l'encontre de la *res iudicata*, au droit à compensation que celle-ci accorde aux Demanderesses, à des règles fondamentales de procédure, de même que d'excès manifeste de pouvoir et de défaut de motifs (articles 52(1), lettres a), b), d) et e) de la Convention).

675. La SR a modifié la cause de la Demande de resoumission (*mutatio libelli*) et l'articulation entre les §§665-674 de la SI avec les paras. 1 à 3 de son Dispositif, à savoir les questions surgies entre les parties depuis l'année 2000 relatives à des violations de l'article 4 de l'API par l'État Défendeur (art. 52(1)(b) de la Convention) ;

676. La SR a enfreint le droit des Demanderesses à être entendues avant la clôture de la procédure (art. 52(1)(d) de la Convention)

- a) au sujet de l'exclusion de la compétence du TR s'agissant de questions survenues après la date du 3 novembre 1997 (art. 52(1)(b) de la Convention), pleinement prises en compte par le TI,
- b) au sujet de ce que la Sentence initiale n'aurait pas clairement établi que la nature de la compensation était exclusivement financière (art. 52(1)(b) de la Convention);
- c) au sujet des questions *res iudicata* que le TR a modifiées substantiellement dans la SR sans avoir préalablement permis aux Demanderesses de les connaître et de réagir (art. 52(1)(b) de la Convention).

La motivation de la SR a enfreint l'autorité de la chose jugée de la SI, en particulier s'agissant de la reconnaissance par l'État du Chili devant le TI, le 6 mai 2003, de l'invalidité de la confiscation des biens de CPP S.A. et EPC Ltée. et du devoir de compenser leurs propriétaires (§665-674) -art. 52(1), lettres (b) et d) de la Convention;

<sup>580</sup> **Pièce CL286**, *Declaration by A. Broches, Société Ouest Africaine des Bétons Industriels (SOABI) v. State of Sénégal*, ICSID Case No. ARB/82/1, 2 ICSID Reports 333, para. 4.

677. La SR n'a absolument pas appliqué, sous aucune forme, le droit du Chili -ni la Constitution ni les normes légales telles qu'appliquées par les Cours de Justice du Chili- ni les principes de droit international, sur lesquels les Demanderesses ont fondé leurs prétentions, ni *lege artis* (art. 52(1)(b) de la Convention) ;
678. La SR a commis des contradictions aboutissant à l'incohérence de ses raisonnements dont les conséquences sont substantielles, en particulier au sujet de la compétence du TR, de l'exclusion corrélative de la totalité des preuves produites par les Demanderesses -tout en affirmant que le cadre juridique et factuel doit être tout autre que celui dans lequel a été prise la décision du TI concernant la demande ex article 5 de l'API tranchée par le TI- et au sujet de la fixation du montant de la compensation pour violation à l'article 4 de l'API (art. 52(1)(d) et (e) de la Convention);
679. La SR a manqué à son devoir de fixer le montant de la compensation à laquelle la SI a condamné l'État du Chili (art. 52(1)(b)) ;
680. Il s'ensuit que le Dispositif de la Sentence en resoumission devrait être annulé dans son intégralité.

\*\*\*

## **2.5 Le Tribunal de resoumission n'a pas appliqué le droit applicable sur les actes de l'État Défendeur commis entre le 29 mai 1995 et le 8 mai 2008, et leurs conséquences**

681. Comme il ressort des §§665-674 de la Sentence initiale, de la décision d'un Tribunal de Justice de Santiago du 29 mai 1995<sup>581</sup>, des articles de la Constitution du Chili d'application directe et impérative tels qu'interprétés par la Cour Suprême, les Demanderesses continuent aujourd'hui à être les propriétaires légaux de tous les biens et droits du Groupe Clarin.
682. Le Tribunal de resoumission avait également pleine compétence sur les actes enfreignant l'article 4 de l'API survenus entre le 29 mai 1995 -la reconnaissance par les juridictions internes de la propriété de M. Pey Casado sur la totalité des actions de CPP S.A.- et la date de la Sentence initiale le 8 mai 2008, pour prendre en considération et évaluer les moyens de preuve permettant de fixer le *quantum* de la compensation pour l'investissement protégé par l'API (art. 2.2), *res iudicata*.
683. Le refus par le TR d'appliquer le droit applicable sur ces actes apparaît ainsi comme un moyen pour couvrir la dénégation aux Demanderesses de leur droit à l'arbitrage international, reconnu par l'API et la Sentence arbitrale initiale, dès lors que celle-ci a admis qu'il soit soumis à l'arbitrage l'ensemble du différend pour déni de justice, sans

<sup>581</sup> **Pièce C2**, Sentence initiale, §§210 *in fine*, 215, 444, 217 ("La décision de la juridiction chilienne constitue ainsi un élément supplémentaire permettant de conclure que M. Pey Casado doit être considéré comme l'acquéreur et le propriétaire des titres de CPP S.A.")

limitation temporelle pour les faits évoqués intervenus postérieurement à la date de l'introduction de la demande complémentaire d'arbitrage du 4 novembre 2002 :

§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 [...]"*.<sup>582</sup>

684. La Sentence en resoumission s'est exonérée par ce biais de son obligation d'appliquer le droit chilien (art. 10(4) de l'API), qui, de même que la décision de justice du 29 mai 1995 ou la déclaration du représentant de l'État Défendeur devant le TI le 6 mai 2003, n'admet pas la validité des Décrets édictés en application du Décret-loi 77 de 1973 lorsqu'ils visent des investisseurs ressortissants du Chili. Un exemple est celui de la Société Ltée éditrice du quotidien COLOR<sup>583</sup>:

*"DOUZIÈMEMENT : Qu'a cet égard il convient de signaler que c'est un fait accrédité dans l'arrêt que les demandeurs étaient les propriétaires des biens dont ils ont été privés de la pleine propriété en vertu des décrets attaqués dans le dossier judiciaire, de telle façon que si lesdits actes administratifs sont nuls, le fait qu'ils soient, à toute fin pertinente, privés d'effet n'a pu que provoquer que soient maintenus dans le patrimoine des demandeurs les droits réels dont il était illégalement prétendu les priver, de telle sorte que si leur restitution en nature n'est pas possible, ils soient remplacés par leurs valeurs."*

685. En l'espèce, la déclaration du 6 mai 2003 du représentant de l'État du Chili devant le Tribunal arbitral initial a confirmé l'invalidité et l'illégalité de la confiscation de l'investissement de M. Pey Casado dont fait état le §667 de la SI.
686. La proposition des Demanderesses devant le Tribunal de resoumission a été que celui-ci ne devait reconsidérer aucune partie de la Sentence initiale, ni rouvrir ses conclusions, mais qu'en accomplissant sa mission il devait, conformément aux articles 2(2), 4 et 10(4) de l'API et les paras. 1 à 3 du Dispositif de la Sentence initiale, exercer sa compétence et déterminer le montant de la compensation due par l'État du Chili découlant de ces paras. du Dispositif de la SI et de leurs fondements respectifs, en particulier dans les §§210 *in fine*, 215, 217, 444, 665-674 de la SI.
687. Or le Tribunal de resoumission a manqué à cette obligation. Il explique au §198 de sa Sentence (*one of the core paragraphs in the 2016 Award*, selon l'État Défendeur<sup>584</sup>) son refus absolu d'exercer sa compétence invoquant la présence de "*deux difficultés insurmontables*", qui contredisent des parties de la Sentence initiale qui ont l'autorité de la chose jugée et abondent dans l'expression de biais de la part du Tribunal de resoumission au préjudice des Demanderesses :

<sup>582</sup> [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'Etat 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"*]

<sup>583</sup> **Pièce CRM64f** de la procédure de resoumission, 2000-06-21 Arrêt de la Cour Suprême du 21-06-2000, affaire Sociedad de Prensa Chile Ltda, Considérant 11°

<sup>584</sup> **Pièce C263**, *Chile Observations on Rectification*, 9 June 2017, §6

**La 1<sup>ère</sup> difficulté** a été que "le Tribunal n'a aucun doute que le Tribunal Initial (...) était de l'avis que la confiscation était un fait consommé avec la saisie physique en 1975 et n'entraîne donc pas dans le champ d'application du TBI".

Cependant le TI a très clairement établi dans les §§611<sup>585</sup>, 612<sup>586</sup> et 623<sup>587</sup> que le cadre juridique et factuel dans lequel il avait tranché la Requête initiale *ex* article 5 de l'API (expropriation), auquel fait référence cette "1<sup>ère</sup> difficulté", était radicalement distinct du cadre juridique et factuel dans lequel il appartenait de traiter les demandes formulées en 2000 et 2002 *ex* article 4 de l'API (discrimination et déni de justice) :

§459. "Les parties demanderesses ont introduit une procédure judiciaire le 4 octobre 1995 devant la Première Chambre civile de Santiago visant à obtenir la restitution de la rotative Goss.408 Toutefois, même si certaines décisions concernant des questions d'ordre probatoire ont été rendues dans cette procédure,409 les pièces produites montrent que la Première Chambre civile ne s'était pas prononcée sur le fond lorsqu'est intervenue la Décision n°43 [du 28 avril 2000] et lorsque les demanderesses ont déposé leur demande complémentaire devant le Tribunal arbitral le 4 novembre 2002."

§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*"

§627. "les dispositions de fond de l'API sont applicables à la Décision n°43 du 28 avril 2000 ainsi qu'au déni de justice allégué [dans la demande déposée le 4 novembre 2002], le Tribunal doit à présent examiner le bien-fondé des deux violations alléguées."

[Soulignements ajoutés]

688. Cette différence radicale du cadre juridique et factuel -donc du raisonnement requis- entre ce qui a présidé la décision du TI rejetant la Requête du 3 novembre 1997 *ex* article 5 de l'API, et le cadre juridique et factuel dans lequel il appartient -**pour le TR**, dès lors que le para. 4 du Dispositif de la SI a été annulé- de traiter les demandes de 2000 et 2002 *ex* article 4 de l'API -acceptées par le TI et le Comité *ad hoc*- est l'une des grandes contradictions du cheminement du TR.

689. Cette contradiction rend annulable la SR pour **biais, défaut de motifs et excès manifeste de pouvoir**. Excluant de sa compétence les actes survenus après le 3 novembre, le TR a déstructuré, désintégré la logique et les enchaînements factuels et juridiques de la Sentence initiale relatifs aux infractions *ex* article 4 de l'API, *res*

<sup>585</sup> **Pièce C2**, Sentence initiale, §611 : "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 demanderesses estiment devoir être qualifiés de violations postérieures à l'entrée en vigueur du traité."

<sup>586</sup> **Id.**, Sentence initiale, §612 : "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."

<sup>587</sup> **Id.**, Sentence initiale, §623 : "un acte composite comprenant une série d'atteintes au traitement juste et équitable de l'investissement des parties demanderesses, résidant essentiellement dans la Décision n°43 et le déni de justice allégué qui lui est lié concernant la rotative Goss. Ces faits sont tous postérieurs à l'entrée en vigueur de l'API."

*iudicata*, qui constituent les articulations - nécessaires à la fixation du montant de l'indemnité- entre les paras. 1 à 3 du Dispositif et leurs fondements dans les chapitres I à VII de la SI qui ont tous l'autorité de la chose jugée, notamment les §§210 *in fine*, 215, 217, 444, 611 et ss, qui concluent dans les §§665 à 674.

690. Les Demanderesses -en produisant la preuve du lien de causalité entre les infractions à l'article 4 de l'API commises depuis la décision de Justice du 29 mai 1995 et les dommages subis à cause de ces infractions retenues par la SI- se sont toujours appuyées sur la reconnaissance et le strict respect des motifs allégués par la Décision du Comité *ad hoc* pour annuler le para n° 4 du Dispositif et les fondements de celui-ci dans le Ch. VIII de la SI, comme il est attesté dans la Réplique du 9 juin 2015 :

§212, "*L'effacement des effets du déni de justice ne consiste pas à dire ce que le Tribunal arbitral initial aurait décidé, mais à statuer aujourd'hui en connaissance de cause en lieu et place du Tribunal arbitral initial, puisque cette partie de la décision a été annulée (le Chapitre VIII et le para. 4 du Dispositif), et que la partie dont la solution est res iudicata s'inscrit dans un cheminement juridique traité à partir d'une prémisse opposée à celle devant -pour raison de res iudicata- présider à la solution de la partie annulée (...)*".

691. La 2<sup>ème</sup> difficulté indiquée par la SR au §198 serait que,

i. "*le présent Tribunal n'a tout simplement pas le pouvoir de statuer sur un appel formé contre une telle conclusion*",

un fondement étrange dès lors que la "nouvelle soumission" *ex* article 52(6) de la Convention n'est pas "un appel" mais "*le prolongement de l'arbitrage initial*" pour le dire dans les termes de la SR elle-même (§188). Et ce qu'importe est de savoir

- a) que le cadre juridique et factuel qui sous-tend la décision du Tribunal initial relativement à la Requête initiale du 3 novembre 1997 *ex* article 5 de l'API (expropriation) -que la SI a rejetée (§§608, 610, para. 8 du Dispositif),
- b) n'est pas le même que celui dans lequel le Tribunal de resoumission devait trancher les demandes *ex* article 4 de l'API : il ne saurait y avoir "d'appel" dans le cadre factuel et juridique radicalement distinct !
- c) la SI a retenu les questions soumises à l'arbitrage en 2000 et 2002 *ex* article 4 de l'API (manquement au traitement juste et équitable, déni de justice) -paras. 1 à 3 du Dispositif, §§611-674 ;

ii. "*ni de substituer son propre avis à celui du Tribunal Initial*",

un fondement qui dénature la prétention des Demanderesses, comme l'atteste leur Réplique du 9 janvier 2015, §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 ajouté] ;

iii. "ni encore d'octroyer une réparation de quelque nature que ce soit à ce titre",

un fondement qui dénature, avant de la rejeter, la prétention des Demanderesses de demander compensation seulement pour violation du traitement juste et équitable, en ce compris le déni de justice (article 4 de l'API). Par le biais de cette dénaturation la Sentence s'élève ici contre l'application effective des paras. nos. 1 à 3 du Dispositif de la Sentence initiale ;

iv. "En ce qui concerne la seconde conséquence (à savoir que la confiscation effective n'est intervenue qu'avec la Décision n° 43), elle est également elle-même incompatible avec les conclusions du Tribunal Initial quant à la chronologie de la confiscation, mais aussi avec la Décision n° 43 elle-même, dont le sens général est qu'il s'agissait de l'octroi d'une compensation au titre d'une confiscation qui était déjà intervenue."

Ce fondement de la Sentence en resoumission est hautement biaisé puisqu'il s'invente un motif afin de le réfuter : en effet, les Demanderesses n'ont **jamais** soutenu devant le Tribunal de resoumission une telle "confiscation" par la Décision 43. Ce qu'elles ont soutenu est ce que la Sentence initiale a affirmé et le 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".<sup>588</sup>

692. Ledit fondement du Tribunal de resoumission (§198) fait cependant droit à la déclaration du Chili lors de l'audience du 15 avril 2015 dans un contexte qui met en question les fondements de la Sentence arbitrale, que la SR assume lorsqu'elle attribue à la Décision n° 43 des effets que la Sentence initiale avait explicitement rejetés en accueillant le dommage subi par les Demanderesses à cause du fait que l'ensemble de la discrimination, causée par la Décision 43 en leur préjudice, avait été aggravé par toutes les instances administratives et judiciaires chiliennes entre 2000 et 2002, comme l'affirme la Sentence initiale.

693. Celle-ci articule la Décision 43 -qui porte sur l'ensemble de l'investissement- avec le déni de justice -le rejet *in limine litis* des réclamations des Demanderesses relatives à la Décision 43 par les institutions judiciaires et administratives internes (soulignements ajoutés, citations omises):

§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 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

<sup>588</sup> Pièce C20, Décision du Comité *ad hoc* du 18 décembre 2012, §233

*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 demanderesse 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 demanderesse 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 demanderesse, 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 demanderesse 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."

§632. "**la Décision n°43 indemnise des requérants autres que les demanderesse pour la confiscation des biens en question et le Ministre des biens nationaux maintiendra cette décision que les demanderesse contesteront en vain.**"

§635. "**Les demanderesse ont tenté en vain de faire reconnaître l'incompatibilité de la Décision n°43 avec cette procédure judiciaire.**"

§652. "**la Décision n°43 doit s'analyser en une application discriminatoire d'une loi postérieure à l'API et des droits que celle-ci a créés.** Par conséquent, il convient pour le Tribunal d'analyser les violations alléguées, au moins en premier lieu, sur la base de **l'article 4 de l'API**, les articles 3 et 5 ayant été invoqués par les demanderesse dans le cadre de leur thèse de l'acte illicite continu, qui a été rejetée. Le même fondement, l'article 4 de l'API serait applicable au déni de justice allégué des parties demanderesse."

694. La Sentence initiale poursuit l'articulation entre le Jugement interne du 29 mai 1995, la Décision 43 de 2000 et le déni de justice "*allant à tout le moins jusqu'en 2002*"<sup>589</sup>:

§653. "**La question se pose en particulier de savoir si le comportement des autorités chiliennes, législatives, administratives et judiciaires, peut ou non être considéré comme constituant un 'déni de justice' et une violation du devoir d'accorder à l'investissement étranger une protection suffisante, soit plus précisément, un "traitement juste et équitable "au sens de l'article 4 (1) de l'API ainsi conçu (...)**"

§658. "*Dans le contexte spécifique du présent litige (...) l'application de la notion de "déni de justice "et celle de l'obligation de "traitement juste et équitable "n'appellent pas de longue analyse. Elles se laissent résumer à deux questions relativement simples :*

- *La première est celle de savoir si **l'absence de toute décision par les juridictions chiliennes** [la procédure devant constater impérativement la nullité de droit public du Décret n° 165] pendant une période de sept années (1995-2002), d'une part, et **l'absence de réponse de la Présidence aux requêtes de M. Pey Casado** [aux réclamations sur l'ensemble de l'investissement], d'autre part, sont constitutives d'un déni de justice.*

- *La seconde est celle de savoir si les investissements reconnus par le Tribunal arbitral comme ayant été faits par M. Pey Casado ont bénéficiés du "traitement juste et équitable "prescrit par l'API."*

<sup>589</sup> **Pièce C2**, Sentence initiale, §624. "*Les parties demanderesse prétendent être victimes d'un déni de justice qui aurait eu lieu durant une période commençant en 1995 et allant à tout le moins jusqu'en 2002.*"

§659. "*Sur la première question, la réponse ne peut être que positive, au regard des faits établis et déjà retenus par le Tribunal arbitral (...).*"

§665. "*Sur la seconde question, celle de savoir si les investissements des demanderesse ont bénéficié d'un traitement juste et équitable, une réponse négative s'impose de l'avis du Tribunal arbitral (...) M. Pey Casado a bien démontré avoir procédé à des investissements et être propriétaire de biens meubles ou immeubles qui ont été confisqués par l'autorité militaire chilienne.*"

[Emphase ajouté]

Et immédiatement après la Sentence initiale établi les articulations de cause à effet entre 1) la violation de l'article 4 de l'API à l'égard de l'ensemble de l'investissement, b) les dommages subis par les Demanderesses, et c) la condamnation de l'État Défendeur à les indemniser (paras 1 à 3 du Dispositif de la SI):

1. la reconnaissance par le Jugement du 29 mai 1995<sup>590</sup> de la propriété de la totalité des actions de CPP S.A., qui constitue par conséquent un fondement des paras. 1 à 3 du Dispositif de la Sentence initiale :

§666. "*On rappellera à ce propos l'existence d'un jugement chilien reconnaissant la propriété de M. Pey Casado sur les actions confisquées ainsi que le fait que les autorités chiliennes, exécutives et administratives (comme judiciaires) étaient informées des revendications et demandes formulées par les demanderesse*" [relatives à la totalité de leur investissement]

2. la reconnaissance par l'État du Chili, devant le Tribunal initial, de l'*invalidité* de la confiscation de la totalité des actions de CPP S.A. et du *devoir de compenser à ses propriétaires* :

§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. (...) V., par exemple, la transcription de l'audience du 6 mai 2003, pp. 262-263 (Me Castillo) : Il ne s'agit pas non plus de justifier la légitimité des actes qui ont découlé de la confiscation de bien de CPP S.A. et Clarin Ltée. Bien au contraire, la République du Chili est constante des dommages causés par ces confiscations et c'est pour cela qu'elle a indemnisé ces titulaires légitimes*" [Nbp n° 617]

3. le constat par le TI de ce que

§669 : "*cette politique ne s'est pas été traduite dans les faits, en ce qui concerne les demanderesse*"

§670 : "*Il est constant dans la jurisprudence internationale et dans la doctrine qu'un traitement discriminatoire de la part d'autorités étatiques envers ses investisseurs étrangers constitue une violation de la garantie de traitement 'juste et équitable' "*,

et la conclusion du TI de cette articulation factuelle et juridique porte également sur l'intégralité de l'investissement et le devoir de l'indemniser en tant que totalité :

---

<sup>590</sup> Pièce C45

4. §674. "*Dans le cas d'espèce, en résumé, en accordant des compensations (...) à des personnages qui (...) n'étaient pas propriétaires des biens confisqués, en même temps qu'elle paralysait* [le traitement de la procédure devant constater impérativement la nullité du Décret confiscatoire] *ou rejetait les revendications de M. Pey Casado* [adressées aux autorités exécutives, administratives et judiciaires] *concernant les biens confisqués, la République du Chili a manifestement commis un déni de justice et refusé de traiter les demanderesse de façon juste et équitable.*"

695. Or, sur la base du fondement biaisé "iv" du §691 ci-dessus, le §198 de la Sentence en resoumission (dans sa version originale de même que dans la version rectifiée), le TR désarticule l'intime interrelation des faits et des motifs juridiques qui constitue le fondement des paras. 1 à 3 du Dispositif de la Sentence initiale, refuse de considérer les preuves produites en vue de calculer le dommage -sous le prétexte abusif de manque de compétence sur les actes postérieurs au 3 novembre 1997- et éjecte les Demanderesses de l'option, irréversible (*fork on the road*), pour l'arbitrage international :

*"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 ajoutée]

696. À l'évidence, le sujet d'une hypothétique nullité de la Décision n° 43 au regard du droit chilien ne figurant nulle part, ni dans la Sentence initiale de 2008 ni dans les allégations devant le Tribunal de resoumission, attribuer aux Demanderesses d'avoir allégué une telle proposition (que ce soit à l'égard de la Décision 43 que du Décret 165), dissimule plutôt que la Sentence en resoumission s'élève ici contre la partie *res iudicata* de la SI et les conséquences de celle-ci pour déterminer le montant de la compensation due.

Comme on le sait, par les corrections introduites par la Décision du 6 octobre 2017, c'est à la nullité *ab initio* du Décret n° 165 que le Tribunal de resoumission entendait attribuer "*effectivement une importance décisive*". Or le TR a estimé inutile d'examiner les preuves de cette nullité soumises par les Demanderesses au prétexte qu'il n'en résulterait aucun des effets souhaités par elles !

\*\*\*

## 2.6 Le raisonnement biaisé de la SR : la dénaturation des propositions des Demanderesses

697. L'échantillon sommaire qui suit montre l'ampleur du biais du Tribunal de resoumission à l'encontre des Demanderesses :

### Sentence en resoumission (SR)

- **§196.** "[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."

Invention totalement inexacte. Voir la transcription de l'audience du 13-04-2015, page 4 :

"Les Demanderesses proposent de ne pas modifier un iota, pas un iota, la partie non annulée de la Sentence. C'est res judicata."<sup>591</sup>

\*

- **§196.** "Selon les Demanderesses, si elles avaient été en mesure de faire valoir cet argument, elles auraient pu récupérer les biens qui leur avaient été confisqués au Chili, ou, tout au moins, elles auraient pu démontrer devant le Tribunal Initial que la confiscation de ces biens n'était pas un acte instantané définitivement consommé en 1975, mais qu'elle n'a en fait été consommée que plusieurs années plus tard, et le résultat en aurait été que la confiscation relevait bien de la compétence du Tribunal Initial au regard du TBI, contrairement aux conclusions de la Sentence Initiale."

La base du raisonnement présenté ici est évidemment très semblable. Mais nulle part les Demanderesses ne se sont mises à la place du Tribunal initial pour spéculer ce que celui-ci aurait décidé si l'État du Chili n'avait pas contraint le Tribunal initial à statuer dans l'ignorance de la décision du 1<sup>er</sup> Tribunal civil de Santiago sur le statut du Décret n°165 dans le système juridique chilien (voir le §358 ci-dessus).

\*

- **§196.** "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."

La SR ignore la discrimination subie par les Demanderesses, selon la SI, du fait de la Décision 43, qui fait également partie du para. 2 du Dispositif de la SI, et les prétentions des Demanderesses relatives à la "discrimination" affirmées dans leur Mémoire (pp. 320, 338, 341), leur Réplique (pp. 3, 186, 203, 228, 268, 291(e), 304-316, 334, 408), et dans l'intervention de Me Malinvaud et Muñoz lors des audiences du 16 mai 2015.<sup>592</sup>

En outre, l'équivalence -à titre principal- du montant réclamé, avec la valeur de l'investissement reflète la perte, tour court, *the loss*, et non la perte de la possibilité d'une "indemnisation" devant le TI.

<sup>591</sup> Pièce C43, transcription de l'audience du 13 avril 2015

<sup>592</sup> Pièce C43, pages 16 et 31

\*

- §196. "(...) est la perte ce droit à compensation dans l'arbitrage initial de sorte que c'est ce préjudice qu'elles peuvent maintenant invoquer dans la présente procédure."

Le renvoi ici à l'"arbitrage initial" dénature la prétention des Demanderesses, où ce "droit à compensation" est déclaré dans le Dispositif de la SI avec l'autorité de la chose jugée, il n'a pas été "perdu".

Les Demanderesses affirment autre chose : que les actes de déni de justice et discrimination du Chili intervenus après l'entrée en vigueur de la l'API (le 29 mars 1994) ont eu comme résultat la perte, au Chili, "de la valeur de l'investissement" (Me Malinvaud, audience du 13-04-2015, page 19)<sup>593</sup>, "la perte totale [au Chili] de son droit à indemnisation sur l'ensemble des biens confisqués" (intervention de Me Muñoz, audience 13-04-2015, page 31).

- Intervention de Me Malinvaud lors de l'audience du 13-04-2015, page 19 :

"la perte de la valeur de l'investissement est bien la conséquence directe des deux violations qui ont été reconnues : le déni de justice d'une part pour la Goss, la discrimination d'autre part qui est plus large. La problématique, c'est le rapport de causalité entre ces violations et ce dommage".

- Audience du 16-05-2015, intervention de Me Malinvaud (page 16) :

"La position des Demanderesses, telle qu'elle a été exposée au Tribunal et sur laquelle nous reviendrons plus tard à la lumière de ce qui a été dit au cours des audiences, est et reste que le préjudice résultant de [la violation de] l'article 4 de l'API est la perte du droit à compensation [au Chili], que ce soit tant à raison du déni de justice qu'à raison de la discrimination. Le fait que le droit à compensation dont les Demanderesses ont été privées en raison du comportement du Chili après l'entrée en vigueur du Traité soit équivalent au droit à compensation résultant de l'expropriation n'est certainement pas anormal et ne contredit en rien les parties qui [n']ont [pas] été annulées de la Sentence. Je le rappelle, les Demanderesses ne formulent pas de demande de réparation fondée sur la violation de l'article 5 de l'API."

- Intervention de Me Muñoz (page 31) :

"Dès lors que le préjudice qui a été démontré pendant ces audiences est la perte totale de son droit à indemnisation sur l'ensemble des biens confisqués, il est normal que la valorisation du préjudice se fasse sur la Fair Market Value de cet investissement".<sup>594</sup>

\*

- §197. "la nullité absolue d'un décret-loi exige une décision judiciaire à cet effet"; "le demandeur n'a pas demandé de déclaration de nullité dans l'affaire de la rotative Goss."

---

<sup>593</sup> Ibid.

<sup>594</sup> Ibid.

Inapplication absolue et grave de l'article 7 de la Constitution chilienne tel qu'appliqué par la Cour Suprême du Chili de manière uniforme : une décision judiciaire constatant la "nullité de droit public" -avec ou sans demande ciblée sur une "déclaration" de nullité -établit pleinement cette "nullité de droit public".

Les Demanderesses ont également produit le jugement du 1<sup>er</sup> Trib civil de Santiago du 28 juillet 2008<sup>595</sup> dont le Considérant 9<sup>ème</sup> constate *ex officio*, comme il sied, la nullité de droit public du Décret n° 165, du 10 février 1975, en reconnaissant le droit d'agir de M. Pey Casado au nom de l'entreprise EPC Ltée. que, rappelons-le, ce Décret avait déclarée dissoute.

\*

- §197. "*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*"

Le système légal du Chili, d'inspiration romaniste-civiliste, est basé sur l'application directe de la loi, loin du système dit du *case-law*. Lors de la procédure initiale le Chili a produit le Président de la Cour Constitutionnelle en personne aux audiences finales, les Demanderesses n'ont pas produit de rapport d'expert, se contentant d'énumérer les lois applicables et, par le biais de leurs conseils, leur interprétation du droit chilien à partir de la Constitution, de la jurisprudence et de la doctrine à l'appui. Le TI a accepté l'interprétation soutenue par ces derniers et a rejetée celle, biaisée, du Président de la Cour Constitutionnelle en exercice.<sup>596</sup> *Iura novit curia*.

Les Demanderesses ont produit la preuve (*Réplique*, pp. 88-105)<sup>597</sup> de la jurisprudence réitérée de la Cour Suprême du Chili en sens contraire à celui retenu dans la SR sur une interprétation expurgée des dires du témoin de la Défenderesse, car celui-ci a clairement reconnu le contenu du Jugement interne du 24 juillet 2008 constatant la "nullité de droit public du Décret n° 165."<sup>598</sup>

Les Demanderesses ont également fourni la preuve que la question de la nullité *ab initio* du Décret 165 a été débattue et résolue auprès du 1<sup>er</sup> Trib civil de Santiago (*Réplique*, pp. 136-161).<sup>599</sup>

Dans le dossier de resoumission des questions surgies entre les parties à partir de l'année 2000 figurent 16 Arrêts de la Cour Suprême du Chili (*Réplique*, p. 108) soutenant qu'une décision "expresse" ciblée sur une déclaration n'était nullement nécessaire en lieu et place du "constat" pour établir la nullité de droit public du Décret.

---

<sup>595</sup> **Pièce C282**

<sup>596</sup> **Pièce C2**, Sentence initiale, §§303-323, et nbp nos. 215, 248, 249, 253, 257

<sup>597</sup> **Pièce C40**

<sup>598</sup> Cfr. dans les pages 189-190 ci-dessus le commentaire au §§197 de la SR et dans la Requête en annulation le §259 et la pièce C68

<sup>599</sup> **Pièce C40**

\*

- §197 "Le Tribunal, pour sa part, reconnaît le bon sens de l'explication, donnée par le Dr Libedinsky."

Contradiction. La déclaration de M. Libedinsky en présence du Tribunal admet que le Jugement interne du 24-07-2008 a constaté la nullité de droit public du Décret 165.<sup>600</sup>

Les Demanderesses ont produit le droit applicable, les normes impératives de la Constitution et les normes légales applicables.

**La SR n'a appliqué absolument aucune norme de droit du Chili, enfreignant l'article 10(4) de l'API.**

\*

- §197. [Le TR] "prend note de la formule complexe avec laquelle les Demanderesses ont habillé leur proposition, à savoir qu'un tribunal chilien "aurait l'obligation de prendre en compte la réalité de la nullité du Décret n° 165 ex tunc ", et il estime que la nature très tortueuse de cette proposition [relative à l'obligation du tribunal chilien] laisse largement entendre qu'elle est plus spéculative qu'opérationnelle."

Cette prétendue "formule complexe...", qui disqualifierait la présentation faite par les Demanderesses, se trouve être quasiment identique à celle de la Cour Suprême du Chili ! L'inapplication du droit applicable est ici absolue<sup>601</sup>, le biais apparent criant.

Les Demanderesses ont réitéré lors de l'audience du 16 avril 2015<sup>602</sup> :

*"le présent Tribunal a le devoir, dans la rédaction de la partie annulée de la Sentence (chapitre 8, point 4 du Dispositif), d'appliquer directement la Constitution. Mais avant cela je souhaiterais également indiquer l'importance de disposer de la réponse de M. Libedinsky à Me Muñoz lorsqu'elle lui a posé la question de savoir si une société dissoute avait ou n'avait pas la personnalité juridique. Il a dit :*

*" Non, elle n'a pas de personnalité juridique."*

*Et quelques minutes après, elle l'a invité à lire la partie du jugement où le juge dit que :*

*"Le droit d'agir appartient à la Société Limitée."*

*Et il a reconnu :*

*" En effet, le jugement dit cela."*

*Donc, on voit là, n'est-ce pas, un décalage encore patent - c'est déjà le juge qui parle, qui reconnaît que la Société Limitée a le droit d'agir.*

<sup>600</sup> Voir la nbp n° 378 de la Requête en annulation

<sup>601</sup> Cette question est développée dans la Requête en annulation du 10 novembre 2017, page 154, et dans la section 2.5 du présent Mémoire

<sup>602</sup> Pièce C43

*Donc elle n'est pas morte en termes de droit, comme la dissolution signifie d'après la première partie de la déclaration de M. Libedinsky, la première partie de sa déclaration.*

*Je dis donc que 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 [modéré par M. Veeder] 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. (...) Donc, je crois que, à la différence du premier Tribunal arbitral, vous pouvez et vous devez, me semble-t-il, faire respecter la hiérarchie des normes. "*

La SR a manipulé également cette prétention des Demanderesses dans leur Mémoire en Demande<sup>603</sup>:

*"34. Il est essentiel d'observer que le Tribunal arbitral n'a jamais affirmé que le Décret 165 ne pouvait pas être entaché de la nullité de droit public. Bien au contraire. En confinant son raisonnement "à la connaissance "qu'il pouvait avoir du statut du Décret n°165 dans l'ordre juridique chilien, le Tribunal arbitral reconnaissait devoir trancher dans un cadre indéterminé*

*"35. C'est à la lumière de ces éléments que les Demanderesses considéraient que les préjudices résultant des faits intentionnels des autorités de la République du Chili ayant enfreint l'article 4 (traitement juste et équitable) de l'API étaient équivalents aux préjudices résultant de la violation de l'article 5 (expropriation). [Soulignement ajoute, voir le §28 ci-devant]*

*"36. Cependant, le Tribunal arbitral initial n'ayant pas ouvert le débat sur la détermination du quantum pour les violations de l'article 4 de l'API, les Demanderesses n'eurent pas l'occasion d'apporter la démonstration de cette équivalence, et d'en tirer les conséquences. L'absence de débat a entraîné l'annulation de la Section VIII de la Sentence par le Comité ad hoc.*

---

<sup>603</sup> Pièce C8

"37. Ce débat est ouvert aujourd'hui devant le présent Tribunal arbitral.

"38. La portée du déni de justice a été révélée après l'émission de la Sentence arbitrale, lorsque la 1ère Chambre civile de Santiago a rendu son jugement le 28 juillet 2008 –soit près de treize (13) ans après l'introduction de la demande par M. Pey- reconnaissant la nullité de droit public du Décret n°165 de 1975 et donc l'absence de titre de l'État hôte sur la Presse Goss (mais plus généralement sur l'ensemble de l'investissement) lors de l'entrée en vigueur de l'API et jusqu'à ce jour.

"42. (...) il appartient au présent Tribunal –lequel dispose désormais du jugement de la 1ère Chambre Civile de Santiago du 24 juillet 2008 retenu jusqu'après la Sentence et déterminant le statut réel du Décret n° 165 - de replacer les Demanderesses dans la situation la plus proche de celle où elles se trouveraient si l'action constitutive du déni de justice et de la discrimination n'avait pas eu lieu.

"43. La production de cette preuve, occultée par le déni de justice, devant le nouveau Tribunal permet l'effacement de l'effet dommageable majeur du déni de justice.

"44. Ainsi, les Demanderesses doivent se voir indemniser, au titre des violations de l'article 4 de l'API, pour les saisies subies en 1973.

"45. Les Demanderesses parviennent à cette conclusion sans remettre en cause, de quelque manière que ce soit, l'autorité de la chose jugée de la Sentence initiale, bien au contraire, puisqu'il ne s'agit que de la conséquence directe des violations de l'article 4 de l'API et de l'effacement de leur effet dommageable édicté par le Dispositif de la Sentence.

"47. En excluant tout débat sur le préjudice résultant de l'article 4 de l'API, le Tribunal initial appliquait arbitrairement, dans la Section VIII, les conséquences de son confinement dans le cadre procédural pour lequel il avait légitimement opté, à savoir, que ce qui concernait la validité, ou non, de l'allégation de violation de l'art. 5 de l'API introduite par les Demanderesses en 1997, lorsqu'elles étaient privées de la preuve déterminant le statut du Décret n° 165, pouvait, également, s'imposer pour l'estimation de la compensation des effets du déni de justice dans le cadre procédural de l'article 4 de l'API avec le constat duquel ce confinement était dépourvu de lien organique. Il s'agit de deux démarches juridiques qui s'excluent mutuellement." [Voir à ce propos le TR lui-même, citant le TAI, §19 ci-dessous]

"48. Le débat qui devait écarter de façon pertinente de telles contradictions dans la Section VIII de la Sentence constituée, aujourd'hui, la mission du nouveau Tribunal arbitral.

"49. Or, dans le cadre de ce débat il sera spécifiquement confirmé que la privation de la preuve de l'absence de titre de l'État défendeur sur l'investissement est le modus operandi du déni de justice, dont il s'agit d'effacer les effets.

**"50. En l'espèce, le nouveau Tribunal arbitral dispose de toute latitude pour effacer entièrement l'effet du déni de justice après en avoir percé à jour la nature, l'intention et la portée exactes.**

"51. En effet, conformément à l'article 26 de la Convention de Vienne sur le droit des traités, du 23 mai 1969, ratifié par l'Espagne et le Chili, ce dernier aurait dû exécuter l'API de bonne foi. Or en l'espèce se trouvent réunies les conditions de l'escroquerie aggravée au jugement par tromperie:

1. la simulation, à savoir que la rétention intentionnelle du jugement interne crée des apparences extérieures qui induisent le Tribunal arbitral à se former une représentation erronée de la réalité, à savoir qu'en 1995 le statut du Décret 165 à l'égard de la nullité de

*droit public pouvait être indéterminé, alors que sa nullité opérait ab initio, imprescriptible, à déclarer impérativement ex officio ;*

*2. l'erreur provoquée, à savoir que la personne trompée (le Tribunal arbitral) ait effectivement une fausse représentation de la réalité. L'auteur de l'escroquerie, en sa qualité d'État, a tiré les ficelles des institutions en retenant le jugement interne, alors qu'en sa qualité de partie à la procédure d'arbitrage il trompait intentionnellement le Tribunal arbitral en lui faisant croire que le constat de la nullité de droit public du Décret 165 par les juridictions internes était sujet à incertitude, et créant une condition artificielle d'indispensabilité que l'auteur de l'escroquerie maintenait indisponible ;*

*3. prises de dispositions patrimoniales et préjudice, à savoir une action ou omission du sujet passif de la tromperie (le Tribunal arbitral) provoquant une diminution du patrimoine des parties contre lesquelles a agi l'auteur de l'escroquerie ;*

*4. rapport de causalité, à savoir que la simulation a provoqué la prise de dispositions patrimoniales causant le préjudice ;*

*5. de surcroît, la mauvaise foi ou le dol recouvre tous les éléments désignés ci-dessus.*

*"52. C'est à la lumière de ces éléments que les Demanderesses considèrent que les préjudices résultant, à titre principal, des violations par la République du Chili de l'article 4 de l'API, sont équivalents aux préjudices résultant des saisies des biens des sociétés éditrices d'El Clarin, préjudices pour lesquels elles établissent le quantum dans le présent Mémoire.*

*"53. C'est donc **au titre de la violation de l'article 4 de l'API** que les Demanderesses présentent leur demande en réparation des préjudices précités devant le présent Tribunal arbitral, et sollicitent respectueusement qu'il se prononce dans ce cadre sur le quantum de l'indemnisation due par la République du Chili aux Demanderesses".*

**et dans leur Réplique**<sup>604</sup> :

*"161. Le fait est que la Ire Chambre civile de Santiago a effectivement pris en compte la réalité de la nullité de droit public de ce Décret.*

*"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."*

\*

- §198. "Cela étant dit, le Tribunal estime qu'il n'est pas nécessaire d'aller plus avant dans cette question."

---

<sup>604</sup> Pièce C40

Incongru : ici la SR interrompt brusquement la considération de la preuve produite par les Demanderesses de la nature du préjudice causé par la rétention du jugement interne (constitutif du déni de justice dans la SI), indispensable à l'estimation du montant de la compensation et constituant le lien de causalité de ce préjudice avec le dommage, sans trancher la question.

Dans le para. 232 la SR reproche aux Demanderesses de ne pas avoir satisfait

*la "charge de la preuve ; en effet, on pourrait dire que dans un sens, elles n'ont même pas cherché à le faire, dans la mesure où elles ont centré leurs arguments sur l'évaluation du dommage, sans démontrer au préalable la nature précise du préjudice, le lien de causalité et le dommage lui-même".*

On pourrait dire que le TR n'a même pas cherché à savoir quel était le sens des preuves cumulées par les Demanderesses dès lors qu'elles portaient toutes sur les questions surgies entre les parties après la date du 3 novembre 1997 que le Tribunal initial a tranché en condamnant l'État du Chili pour avoir enfreint l'article 4 de l'API.

\*

- **§198.** *"puisque'il [le TR] 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 le Tribunal Initial a conclu à tort ..."*

Que le TR ne s'est-il informé exactement de ce que les Demanderesses entendaient "en tirer", plutôt que d'inventer un substitut totalement arbitraire et injustifié ?

Les Demanderesses ont expressément dit que le TI ne s'était pas "trompé" :

**-Mémoire<sup>605</sup>** : p. "32. Cette rétention, 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 1ère Chambre Civile de Santiago, et, b) à condamner de ce fait l'État du Chili pour déni de justice."

---

<sup>605</sup> Pièce C8

- **Réplique**<sup>606</sup> p. 62 : "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."

Et elles ont clairement établi ce qu'elles entendaient en tirer. L'art de dénaturer les positions d'une partie est ici poussée aux extrémités.

\*

- §198. "Chacune d'elles apparaît, sous diverses formes, dans les écritures des Demanderesses au cours de la présente procédure de nouvel examen"

Elles n'apparaissent, sous aucune forme, dans les écritures des Demanderesses.

Ce que les Demanderesses ont dit part de la reconnaissance pleine et entière, sans aucune modification, de ce qui est *res iudicata*, tout en produisant la preuve du lien de causalité entre l'infraction à l'article 4 de l'API et le dommage subi

- **Réplique**<sup>607</sup> : "§68. La raison pour laquelle le Tribunal arbitral est parvenu à cette conclusion est mentionnée au paragraphe 603 de la Sentence qui précise : 'A la connaissance du Tribunal, la validité du Décret n°165 n'a pas été remise en cause par les juridictions internes et ce décret fait toujours partie de l'ordre juridique interne chilien.'"

§69. Or, le Tribunal initial n'aurait pas pu faire cette déclaration si la 1re Chambre civile de Santiago avait rendu son jugement avant la Sentence du 8 mai 2008, en somme, en l'absence de déni de justice.

§70. En effet, comme l'ont indiqué les Demanderesses dans leur Mémoire en Demande, dans l'affaire en jugement devant la 1re Chambre civile de Santiago, le juge devait prendre en compte la réalité de la nullité du Décret n°165 dont l'objet était de dissoudre CPP S.A. et EPC Ltée et de transférer la propriété de leurs biens l'État, puisque c'était la prémisse de la *causa petendi* et des arguments essentiels de l'investisseur.

§71. Ainsi, le Tribunal arbitral initial serait sorti de l'indétermination à cet égard dans laquelle il se trouvait concernant le statut du Décret n°165 dans l'ordre juridique interne chilien et aurait pu décider en toute connaissance de cause."

- **Réplique**<sup>608</sup>, §212, "le déni de justice a consisté en ce que les Demanderesses ont été privées de la preuve des rapports de droits de leur investissement avec l'État du Chili. L'effacement des effets du déni de justice ne consiste pas à dire ce que le Tribunal arbitral initial aurait décidé, mais à statuer aujourd'hui en connaissance de cause en lieu et place du Tribunal arbitral initial, puisque cette partie de la décision a été annulée (le Chapitre VIII et le para. 4

---

<sup>606</sup> Pièce C40

<sup>607</sup> Ibid.

<sup>608</sup> Ibid.

du Dispositif), et que la partie dont la solution est *res iudicata*<sup>609</sup> s'inscrit dans un cheminement juridique traité à partir d'une prémisse opposée<sup>610</sup> à celle devant –pour raison de *res iudicata*– présider à la solution de la partie annulée<sup>611</sup> (...)" ;

§217 : "Le présent Tribunal arbitral dispose de la preuve que ce décret n°165 n'avait, selon les juridictions chiliennes, jamais existé dans l'ordre juridique chilien, que ce soit en 2008 à la date de la Sentence, en 1994 à la date d'entrée en vigueur de l'API, en 1995 (...) ou même en 1975 à la date de publication de ce décret (les juridictions chiliennes considérant que par l'opération de la nullité de droit public "l'acte administratif vicié est nul depuis l'instant même de son énonciation"<sup>224</sup>)" ;

-**Audiences**, pages176-177<sup>612</sup> : "Ensuite, le paragraphe [608 de la SI] continue : "Aussi le Tribunal considère que l'expropriation dont se plaignent les Demanderesses doit être qualifiée d'acte instantané antérieur à la date d'entrée en vigueur de l'API". On voit bien que, dans ce paragraphe, le Tribunal arbitral fait un lien entre, d'une part, l'existence du Décret 165, qui prononce le transfert de propriété, et le fait que cet acte doit être qualifié d'acte instantané. (...) le Tribunal indique que : "La jurisprudence n'est pas applicable en l'espèce - encore une fois - parce qu'il y a bien eu transfert de propriété." Là, je vous renvoie aux paragraphes 606, 607 et 609, (...). En réalité, les décisions de la CEDH, qui ont été produites devant le Premier Tribunal arbitral, considéraient que l'acte d'expropriation était un acte instantané dès lors qu'il y avait un acte légal transférant la propriété. En revanche, quand c'était des confiscations *de facto*, elle considérait que c'était un acte illicite continu. Ainsi, la position des Demanderesses est de considérer que, si le Tribunal arbitral initial avait eu la preuve que, dans l'ordre juridique chilien, le Décret 165 était nul *ab initio* de manière reconnue par un juge chilien, il n'aurait pas conclu de la même manière sur l'applicabilité *ratione temporis* des dispositions de l'API au fait de confiscation."].

\*

- §198. "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"

La SR dénature la prétention des Demanderesses, voir la **Réplique**<sup>613</sup>, p. 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."

<sup>609</sup> Le traitement de la Requête initiale du 3 novembre 1997

<sup>610</sup> La possibilité d'effectuer un choix à partir de l'indétermination du statut du Décret n° 165

<sup>611</sup> La recherche complète des effets dommageables du déni de justice et de la discrimination

<sup>612</sup> **Pièce C43**

<sup>613</sup> **Pièce C40**

Quant au TR, tout en s'en défendant, il ne manque pas "*de substituer son propre avis*" à celui du TI et très systématiquement au détriment d'une des parties.

\*

§244. "*Le Tribunal n'aurait pas pu non plus octroyer des dommages-intérêts pour préjudice moral à titre de consolation.*"

Un mépris surabondant envers les Demanderesses, qui nulle part n'ont insinué quelque "*consolation*" que ce soit mais la simple exécution, dans ses propres termes, des paras. 1 à 3 du Dispositif de la Sentence arbitrale du 8 mai 2008 dans la fixation du montant de la compensation.

\*\*\*

## **2.7 La Sentence en resoumission a commis un excès manifeste de pouvoir en refusant le *ius standi* de la successeur aux droits de M. Victor Pey**

698. Pour détenir la qualité de parties à l'égard de l'autorité de la chose jugée il suffit d'avoir été relié à la procédure par sa présence au procès. L'identité des parties "*résulte à l'évidence d'un rapprochement entre les qualités de la première décision et celle de l'instance en cours*".<sup>614</sup>

699. La Requête en resoumission a été souscrite par le représentant légal de la Fondation "Président Allende", de M. Victor Pey Casado et de Mme. Coral Pey Grebe.

700. La qualité de Demanderesse et les pouvoirs de représentation de la Fondation espagnole figurent dans la Requête d'arbitrage initiale du 6 novembre 1997 (pièce n° 2), dans la Sentence du 8 mai 2008 (§§1, 5, 109, 238, 499,500, 503, 506, 526, 534, 553, 566, notes 1, 382, 404, 551) et dans la pièce DI-04 de la Demande en resoumission des questions surgies entre les parties à partir du mois de mai 2000.

### **2.7.1 M. Victor Pey est Demandeur dans la procédure de resoumission**

701. L'article 18 du Règlement de l'arbitrage dispose :

*"Chaque partie peut être représentée ou assistée par des agents, des conseillers ou des avocats 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."*

<sup>614</sup> Roland (Henri), *Chose jugée et tierce opposition*, L.G.D.J. Paris, 1958, p. 1

702. La Décision du Comité *ad hoc* du 5 avril 2010<sup>615</sup> a rappelé dans la présente affaire que :

"¶36. L'autre article du Règlement d'arbitrage qui (...), est pertinent pour l'analyse du Comité est l'article 18, intitulé "Représentation des parties ". Il est ainsi rédigé :

(1) Chaque partie peut être représentée ou assistée par des agents, des conseillers ou des avocats 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.

(2) 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."

(Soulignement ajouté).

703. Il est donc tout à fait clair que la seule condition imposée à M. Pey Casado qui soit pertinente dans le cadre de la présente phase de la procédure arbitrale est la notification au Secrétaire général du CIRDI de l'agent le représentant dans la présente procédure. Ceci a eu lieu le 7 novembre 1997<sup>616</sup>.

704. Il ne fait donc aucun doute que, conformément à l'article 18 du Règlement arbitral, M. Pey Casado est présent dans la présente phase de la procédure d'arbitrage, en sa qualité d'investisseur et de partie demanderesse reconnue dans la Sentence arbitrale initiale, sans solution de continuité, dans une *perpetuatio legitimatio* à l'égard de M. Pey Casado de la part du Tribunal arbitral.

## 2.7.2 Le *ius standi* de Mme. Pey Grebe, cessionnaire de M. Victor Pey Casado

705. À l'âge de 96 ans M. Victor Pey Casado a fait cession de ses actions, titres, droits et créances en faveur de sa fille Mme. Coral Pey Grebe<sup>617</sup>. On va voir maintenant que celle-ci réunit les conditions pour être partie codemanderesse en sa qualité de cessionnaire.

706. Il convient de rappeler ici des principes de droit international tels qu'appliqués par la C.I.J.<sup>618</sup> :

*"Dans les affaires relatives à la Licéité de l'emploi de la force, la Cour a déclaré que 'il y a[vait] lieu d'établir une distinction entre une question de compétence liée au consentement d'une partie et celle du droit d'une partie à ester devant la Cour conformément aux prescriptions du Statut, qui n'impliquent pas un tel consentement'".*

707. La Cour a poursuivi en indiquant la nature juridique de l'accès à la Cour :

<sup>615</sup> **Pièce CL295**, Décision du 5 avril 2010 du Comité *ad hoc* sur la recevabilité de la demande en annulation de la Sentence initiale

<sup>616</sup> 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

<sup>617</sup> Les écritures passées par-devant notaire le 15 mars 2013 figurent dans la **pièce C264**

<sup>618</sup> **Pièce CL296**, C.I.J., *Licéité de l'emploi de la force (Serbie-et-Monténégro c. Belgique), exceptions préliminaires, arrêt 15 décembre 2004, Recueil 2004*, p. 295, §§36 et 91, accessible dans <http://www.icj-cij.org/docket/files/105/8440.pdf>

*"La question qui se pose est de savoir si, en droit, au moment où elle a introduit les présentes instances, la Serbie-et-Monténégro était habilitée à saisir la Cour en tant que partie au Statut. Cette question étant indépendante des vues ou des souhaits des Parties, la Cour ne serait pas, quand bien même les Parties partageraient à présent le même point de vue à cet égard, tenue pour autant de considérer ce dernier comme nécessairement exact. "(Souligné dans l'original).*

708. Et la Cour de conclure par un important *dictum* :

*"Ainsi la Cour se doit-elle d'examiner la question pour tirer ses propres conclusions indépendamment du consentement des parties, ce qui n'est en aucun cas incompatible avec le principe selon lequel la compétence de la Cour est subordonnée à un tel consentement."*

709. La Cour est parvenue à la conclusion en l'espèce que,

*"au moment où il a déposé sa requête pour introduire la présente instance devant la Cour, le 29 avril 1999, le demandeur en l'espèce ...n'était pas membre de l'Organisation des Nations Unies ni, dès lors, en cette qualité, partie au Statut de la Cour internationale de Justice "*

710. Dans l'affaire CIRDI *CSOB c. la République Slovaque* le Tribunal a rejeté la prétention du Défendeur mettant en question la juridiction du Tribunal du fait que le Demandeur avait transmis les bénéfices de sa Demande à l'État dont il était ressortissant, la République Tchèque, après le commencement de l'arbitrage. Le Tribunal a statué que

*[A]bsence of beneficial ownership by a claimant in a claim or the transfer of the economic risk in the outcome of a dispute should not and has not been deemed to affect the standing of a claimant in an ICSID proceeding, regardless whether or not the beneficial owner is a State Party or a private party.<sup>619</sup>*

711. L'application de ce principe en l'espèce confirme le statut de partie codemanderesse de M. Victor Pey dans la présente procédure en interprétation de la Sentence.

#### **2.7.2.1 La doctrine des Tribunaux du CIRDI appliquée par le Tribunal initial dont le Tribunal de resoumission a rejeté l'application**

712. Or la Sentence initiale ayant statué de manière définitive que M. Victor Pey Casado était habilité en droit à saisir le Tribunal arbitral conformément à l'API et à la Convention du CIRDI, cette décision ayant l'autorité de la chose jugée (p. 1 du Dispositif ; art. 10(5) de l'API, art. 52(1) de la Convention), les fondements de cette décision sont applicables à sa succession en la personne de sa fille et cessionnaire Mme. Coral Pey Grebe.

713. Dans l'affaire CIRDI *FEDAX NV v. République du Venezuela*, abondamment cité dans le présent arbitrage<sup>620</sup>, il s'agissait de la mise en application d'un API. Les points 38 à 43 assument l'éviction de la règle de la continuité de l'identité du titulaire du droit en cause. Le Tribunal déclare qu'il est compétent.<sup>621</sup>

<sup>619</sup> **Pièce CL297**, *CSOB v Slovak Republic* (Preliminary Objections), Decision of the Tribunal on Objections to Jurisdiction, 24 mai 1994, page 263, accessible dans <https://bit.ly/2tpFlbU>

<sup>620</sup> **Pièce C2**, Sentence initiale, §§231, 541, 542 et nbp nos. 107, 181, 489, 490

<sup>621</sup> **Pièce CL298**, *Fedax N.V. v. Venezuela*, Decision on Jurisdiction, July 11, 1997 accessible dans <https://bit.ly/2t4YPmA>

714. Ce précédent a été appliqué dans le présent arbitrage par la Sentence initiale :

§542 : "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.<sup>491</sup><sup>622</sup> (...)

§543 "(...) la Fondation a obtenu la qualité d'" investisseur "en vertu de cette cession. 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 ".

715. Dans l'affaire *Amco Asia v. Indonesia*<sup>623</sup>, également très cité dans la SI, le Tribunal initial après s'être considéré compétent dans les disputes entre P.T. Amco et l'Indonésie a décidé que le Centre était également compétent concernant Amco Asia et Pan American.

716. Bien que la clause d'arbitrage ne faisait pas référence à *Amco Asia*, la Convention ne requérait pas qu'un consentement écrit "soit exprimé selon une formulation solennelle, rituelle et unique" [page 369].

717. Le raisonnement du tribunal était que les droits d'*Amco Asia* au CIRDI étaient "**attachés à son investissement, représenté par ses actions dans PT Amco**", en conséquence un transfert de ces actions transférait l'accès à la juridiction du CIRDI [page 373].

718. L'approbation donnée par le Gouvernement en 1972 pour le transfert des actions à Pan American, encore qu'elle ne mentionnait pas l'arbitrage du CIRDI, avait néanmoins pour conséquence que le Gouvernement consentait

*"to the transferee acquiring all rights attached to the shares, including the right to arbitrate, unless this later right would be expressly excluded in the approval decision."* (p. 373)<sup>624</sup>

719. La convention entre P.T. AMCO et la République d'Indonésie était *intuitu personae*, seule raison d'être de l'approbation par l'État hôte du transfert des actions.

720. Or dans l'API entre l'Espagne et le Chili le transfert des actions de l'investisseur espagnol M. Pey à sa fille ne requiert pas l'approbation de l'État hôte.

721. Le Tribunal de l'affaire AMCO a considéré dépourvu de pertinence qu'Amco Asia ait transféré un ensemble d'actions assurant le contrôle de P.T. Amco à Pan American. Les

<sup>622</sup> ["491. Dans ce contexte, le Tribunal arbitral note également que, dans le cas d'espèce, le contrat de cession entre M. Pey Casado et la Fondation Allende prévoyait expressément qu'un des objectifs de la cession était de permettre à la Fondation Presidente Allende de présenter des réclamations liées aux confiscations au Chili en septembre 1973. V. annexe 18 au mémoire des demanderesses du 17 mars 1999 ."]

<sup>623</sup> Pièce CL299, *AMCO v Indonesia*, Award, 25-09-1983

<sup>624</sup> Cité dans Tupman (W. Michael): "Case studies in the jurisdiction of the International Centre for Settlement of Investment Disputes", *International and Comparative Law Quarterly*, vol. 35, part 4, oct. 1986, page 829, Pièce CL300

droits d'Amco Asia relatifs au CIRDI découlaient de ce qu'il était l'investisseur d'origine et non de ce qu'il était l'actionnaire disposant du contrôle sur P.T. Amco :

*“Consequently, the right to invoke the arbitration clause is transferred by Amco Asia with the shares it transfers, Amco Asia not losing the same right, be it as the initial investor or to the extent to which it keeps partly the shares it possessed originally.” [point 373]<sup>625</sup>*

722. Le Tribunal de l'affaire *Amco* a donné à entendre que même si Amco Asia avait transféré toutes ses actions à Pan American, elle aurait pu encore conserver un droit à l'arbitrage CIRDI *“en tant qu'investisseur initial”*.<sup>626</sup>

### 2.7.2.2 La cessionnaire a la qualité d'investisseur protégé par l'API sous la juridiction de la Convention du CIRDI

723. La Sentence initiale a confirmé que la transmission des actions d'une personne morale telle que CPP. S.A. transmet également la qualité d'investisseur protégé par l'API :

*"§539. Le Tribunal arbitral partage le point de vue exprimé par le Tribunal arbitral dans l'affaire Amco Asia c. Indonésie, qui, en analysant la compétence du CIRDI et du Tribunal arbitral quant à l'une des défenderesses, Pan American, a décidé que cette défenderesse 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, Amco Asia. Comme l'ont souligné les demanderesses à plusieurs reprises dans la présente procédure, le Tribunal arbitral dans Amco Asia a jugé que :*

*"[...] the right acquired by Amco Asia to invoke the arbitral clause is attached to its investment, represented by its shares in PT Amco, and may be transferred with those shares. [...] the right to invoke the arbitration clause is transferred by Amco Asia with the shares it transfers, Amco Asia not losing the same right, be it as the initial investor or to the extent to which it keeps partly the shares it possessed originally. As a result, the right to invoke the arbitration clause is transferred with the transferred shares, whether or not the same constitute a controlling block, being it understood that for such a transfer of the right to take place, the government's approval is indispensable".<sup>487</sup><sup>627</sup>*

*"§540. Bien que la compétence du Tribunal CIRDI dans Amco Asia ait été fondée sur une convention d'arbitrage classique, et non pas sur un API, le même principe s'applique dans la présente affaire."*

*"§542. Tant que la cession d'actions qui constitue l'investissement initial est valable (...), elle transmet la qualité d'investisseur au cessionnaire".*

724. Ensuite, la Sentence initiale a étudié ce qui constitue un investissement au sens de l'API dans les paragraphes

<sup>625</sup> Cité dans Tupman (W. Michael): "Case studies...", page 829, **ibid.**

<sup>626</sup> (1984) XXIII ILL.M., 351, 373. Cité dans Tupman (W. Michael): "Case studies...", page 836, **Ibid.**

<sup>627</sup> ["487. *Amco Asia Corporation et al. c. République de l'Indonésie, affaire CIRDI n° ARB/81/1, décision sur la compétence du 25 septembre 1983, 1 ICSID Reports (1993), p. 389, 403 ; JDI 202,1986"*]

§556. « Il convient de rappeler que l'article 1.2 de l'API prévoit une notion très large d'"investissement "en stipulant : "Par ' investissements' on désigne toutes sortes d'avoirs, tels que biens et droits de toute nature, acquis en accord avec la législation du pays recevant l'investissement et en particulier, encore que non exclusivement, les suivants :

*Actions et autres formes de participation dans les sociétés. [...]"*

§557. "Au regard de cette définition très large, incluant "toutes sortes d'avoirs ", et vu le fait que l'API stipule expressément que les "actions et autres formes de participation dans les sociétés "constituent un "investissement ", la Fondation Presidente Allende peut, de l'avis du Tribunal arbitral, être considérée comme "investisseur "en vertu de l'API, et cela même en examinant la position de la Fondation de manière "indépendante "et en soi, c'est-à-dire abstraction faite de la cession de droits opérée en sa faveur par M. Pey Casado. Le seul fait d'être propriétaire des actions des sociétés CPP S.A. et EPC Ltda justifie la qualité d'investisseur de la Fondation".508<sup>628</sup>

§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."

725. En conséquence, en vertu de la doctrine du fondement du pt. 1 du Dispositif de la Sentence initiale relatif à la transmission des actions de M. Victor Pey Casado, il découle de l'application correspondante de l'API (art. 10(5) et de la Convention (Règle d'arbitrage 55(3)) que à sa cessionnaire a la qualité d'investisseur sous la protection de l'API et sous la juridiction de la Convention.

### **2.7.2.3 La transmission des droits à l'arbitrage à la cessionnaire et la Convention du CIRDI**

726. Cette question a également été tranchée dans la Sentence arbitrale.

727. La Convention de Washington à son art. 25(2)(b) n'a pas repris la condition de la nationalité "à l'origine", ni celle d'une exigence d'une continuité au sens strict. Blaser avait déjà remarqué dans La nationalité et la protection internationale de l'individu<sup>629</sup>:

<sup>628</sup> ["508. L'article 1.1 de l'API n'exclut pas de la définition d'investisseur les personnes morales dont les activités ne seraient pas à caractère lucratif, et que les parties demanderesse ont invoqué la clause de la nation la plus favorisée en rapport avec des API ratifiés par le Chili ayant défini les Fondations comme des "investisseurs" (par exemple avec l'Allemagne, article 4). Selon cette thèse, la Fondation a au Chili des intérêts à portée économique, culturelle, sociale et humanitaire. Elle aurait donc en elle-même la qualité d'investisseur en vertu de l'article 1er de l'API et, à titre subsidiaire, de la clause de la nation la plus favorisée de l'API Espagne-Chili en rapport avec l'article 1.2.b de l'API Chili-Australie. L'argument ne saurait prospérer, la satisfaction des conditions d'application du traité sur le fondement duquel l'action est introduite devant être constatée avant même que l'investisseur ne puisse se prévaloir de la clause de la nation la plus favorisée"]

<sup>629</sup> Thèse Lausanne, Imprimerie Rencontre, 1962, p. 32.

*"l'assouplissement des principes traditionnels dont font preuve les traités de paix paraît être la marque des tendances actuelles vers une plus grande protection des droits de l'individu dans l'ordre international".*

728. La Convention CIRDI (article 27) et l'API Espagne-Chili se situent en dehors du système de la protection diplomatique. L'art. 10.6 de l'API Espagne-Chili dispose:

*"Les Parties contractantes s'abstiendront 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; hormis quant au fait que les Parties à la controverse n'auraient pas exécuté la décision de la Cour arbitrale ou l'arrêt du Tribunal ordinaire, selon les modalités d'exécution stipulées dans la décision ou l'arrêt."*

729. La raison d'être du système CIRDI-API est la protection internationale des droits de la personne en tant qu'"investisseur", la question de l'intérêt national est passée au second plan. La conséquence en est la disparition des deux règles de la continuité, celle de la nationalité et celle de l'identité du titulaire du droit, qui trouvent leur origine à une époque où l'individu n'avait aucune signification juridique sur la scène internationale, c'était donc par l'intermédiaire de l'État et à la discrétion de celui-ci qu'il pouvait faire valoir ses droits, à condition de posséder sa nationalité.

730. Cette prémisse est conforme à l'évolution du Droit international, dans le sens d'une diminution du rôle joué par l'État national pour se diriger vers une reconnaissance de plus en plus marquée des droits de l'homme -dont le droit à la propriété et à un procès juste, indépendamment de la nationalité. De ce fait, la protection diplomatique devient subsidiaire dans le système CIRDI (art. 10(6) de l'API).<sup>630</sup>

#### **2.7.2.4 L'éviction de la règle de la continuité de l'identité du titulaire du droit à l'arbitrage dans la Convention de Washington**

731. D'après Aron Broches, cette éviction est possible à condition que le successeur soit national d'un État membre de la Convention :

*The convention is silent as to the assignability of ICSID arbitration agreements and there is no reason to consider that assignment is not permitted. In order to be effective under the Convention, however, the assignee or successor must have the status required by the Convention, i.e., must be a national of another Contracting State That is to say that assignment to an entity which does not have that status would destroy the arbitration clause. The question might be asked whether, in addition, the successor or assignee must itself consent in writing in order to come within the jurisdiction of the Centre. The answer to this would seem to be in the negative if the clause is so drafted as to make clear that it is binding not only on the original parties to the agreement but also on successors or assignees.<sup>631</sup>*

<sup>630</sup> **Pièce C3f**, API Espagne-Chili, art. 10(6) : *"Les Parties contractantes s'abstiendront 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 ; hormis quant-au fait que les Parties à la controverse n'auraient pas exécuté la décision de la Cour arbitrale ou l'arrêt du Tribunal ordinaire, selon les modalités d'exécution établies dans la décision ou l'arrêt."*

<sup>631</sup> **Pièce CL301**, Broches (A.), "Arbitration Clauses and Institutional Arbitration. ICSID: A Special Case," (1974) in Broches (A.), Selected Essays, World Bank, ICSID, and Other Subjects of Public and Private International Law, Dordrecht, Martinus Nijhoff, 1995, p. 247.

732. Il est avéré en l'espèce que Mme. Coral Pey Grebe a la nationalité espagnole et qu'elle est successeur des actions et des droits de son père.<sup>632</sup>

### 2.7.2.5 La doctrine du CIRDI relative à la cession de droits telle qu'appliquée dans la Sentence initiale n'a pas été appliquée dans la Sentence en resoumission

733. Dans le cas *Holiday Inn (H.I.)*<sup>633</sup> (fondé sur un contrat d'investissement et non un API) le Gouvernement défendeur a allégué qu'il n'avait jamais consenti expressément et par écrit à l'arbitrage en ce qui concerne *H.I. of America et OPC*. Le raisonnement du Prof. Pierre Lalive à ce sujet est applicable dans le cas du présent investissement fondé sur un API :

*“This formalistic argument ran counter to both the letter and the spirit of the Washington Convention, which does indeed require ‘consent in writing’ to arbitration of a ‘legal dispute arising directly out of an investment’, but does not require that the other party be identified in writing at the outset and specifically. The fundamental condition of jurisdiction is the consent (in writing) of the ‘parties to the dispute’. But this condition may well be fulfilled, e.g. in case of subrogation, succession, etc., although not all the parties have been or could be named in the original contract.*

*A contrary interpretation would result in paralysing in practice any transfer or assignment of contracts or contractual rights and duties. It would be unrealistic to expect that, throughout the life of a contract containing an arbitration clause, any succession to or transfer of rights and duties would only be fully effective if the original consent to arbitration was each time renewed or confirmed in writing. What is indeed essential under the Convention is (1) that the actual dispute be shown clearly to fall within the scope of the arbitration clause and (2) that each claimant (or each defendant) be shown to be, in the particular case, a ‘party to the dispute’ -whether or not such party happens to be named or identified as signatory to the original contract.”<sup>634</sup>*

734. Pour ce qui concerne *Holiday Inn S.A.*, le Maroc alléguait que les parties n'avaient pas la capacité d'accepter l'arbitrage CIRDI parce que, lors de leur accord de 1966, ni le Maroc ni la Suisse ne faisaient partie de la Convention CIRDI. Plus encore, la compagnie n'avait pas encore une personnalité légale d'après la loi suisse. Le Tribunal statuait cependant :

*“The Tribunal is of the opinion that the Convention allows parties to subordinate the entry into force of an arbitration clause to the subsequent fulfilment of certain conditions, such as the adherence of the States concerned to the Convention, or the incorporation of a company envisaged by the agreement. On this assumption, it is the date when these conditions are definitely satisfied, as regards one of the parties involved, which constitutes in the sense of the Convention the date of consent by that party.”<sup>635</sup>*

<sup>632</sup> Pièce C264f

<sup>633</sup> *Holiday Inns/Occidental Petroleum v. Government of Morocco*, Decision on jurisdiction, 1 July 1983, non publiée

<sup>634</sup> Pièce CL302, Lalive (Pierre): “The first ‘World Bank’ arbitration (*Holiday Inns v. Morocco*) –some legal problems”, in *The British Year Book of International Law* (1980), 511, page 671

<sup>635</sup> Transcript, p. 11, cité dans Tupman (W.Michael): “Case studies in the jurisdiction of the International Centre for Settlement of Investment Disputes”, *International and Comparative Law Quarterly*, vol. 35, part 4, oct. 1986,

735. Le Maroc alléguait que Holiday Inn et Occidental n'avaient pas le droit d'être parties à l'arbitrage du fait qu'elles n'avaient pas signé l'accord contenant la clause CIRDI. Le Tribunal arrêta cependant

*"that any party on whom rights and obligations under the Agreement have devolved is entitled to the benefits and subject to the burdens of the arbitration clause."*<sup>636</sup>

736. Sous l'Accord Bilatéral d'Investissement, les mêmes principes s'appliquent au transfert des crédits de M. Pey à sa successeure en 2013, et au droit de cette dernière à l'arbitrage du CIRDI *ex art. 10* de l'API Espagne-Chili du 2 octobre 1991.

#### 2.7.2.6 La cession de droits fondant la réclamation internationale selon la Sentence initiale

737. Les considérations du Tribunal arbitral relatives à la cession du droit à la réclamation de M. Victor Pey à la Fondation espagnole sont applicables à la cession en faveur de Mme. Coral Pey Grebe (§§525-530 ; 531 ; 532-44) :

*"§542 : 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.491."*<sup>637</sup>

*"§544. (...) Pour décider du sort des objections d'incompétence soulevées par la défenderesse à l'égard de la Fondation Président Allende, le Tribunal arbitral doit donc analyser la question de savoir si la Fondation Presidente Allende remplit toutes les autres conditions posées tant par la Convention CIRDI que par l'API quant à la compétence du Tribunal Arbitral. En l'espèce, ceci concerne notamment les conditions de la nationalité au sens de la Convention CIRDI ainsi que le consentement des parties de recourir à l'arbitrage CIRDI pour résoudre leur litige" (soulignement ajouté).*

738. On verra ci-après que ces conditions sont réunies par Mme. Pey Grebe.

(a) La condition de nationalité est remplie par Mme Pey Grebe

739. Aussi bien le droit chilien que le droit espagnol, en accord avec la tradition du droit romain et "continental", établissent une distinction entre :

a) le droit substantif du crédit cédé, c'est à dire l'accord générique destiné à produire une succession *inter-vivos*, et qui peut-être contenu dans des contrats types déterminés ou atypiques qui sont régis par le principe *tempus regit actum*, et

---

page 818, pièce CL300

<sup>636</sup> Transcript, p. 14, cité dans Tupman (W.Michael), *ibid.*, page 818, pièce CL300

<sup>637</sup> ["491. Dans ce contexte, le Tribunal arbitral note également que, dans le cas d'espèce, le contrat de cession entre M. Pey Casado et la Fondation Allende prévoyait expressément qu'un des objectifs de la cession était de permettre à la Fondation Presidente Allende de présenter des réclamations liées aux confiscations au Chili en septembre 1973. V. annexe 18 au mémoire des demanderesses du 17 mars 1999"]

- b) le droit processuel qui régit la procédure pour la revendication de ce droit, y compris l'action judiciaire et l'arbitrage, entre autres,
- c) les questions processuelles, y compris celles relatives à la juridiction et à la compétence d'un tribunal, sont régies par la Loi en vigueur au moment où est entreprise la procédure judiciaire ou arbitrale.

(i) Selon les critères de la Sentence initiale, la nationalité de la cessionnaire est conforme à l'API

740. Les fondements du par 1 du Dispositif de la Sentence initiale sont applicables *mutatis mutandis* à la nationalité de Mme Pey Grebe au sens de l'API Espagne-Chili.

741. La SI a établi aux paragraphes 323, 414 et 416 que les conditions prévues à l'article 25(2)(a) de la Convention CIRDI étaient réunies par le demandeur/investisseur M. Victor Pey Casado aux dates auxquelles celui-ci a consenti à l'arbitrage et que la Requête initiale a été enregistrée en 1997. Le fait que son successeur en 2013 jouisse des avantages de la double nationalité espagnole et chilienne n'est pas opposable dans la présente procédure en interprétation de la Sentence (indépendamment du fait que M. Victor Pey y demeure en sa qualité de demandeur) :

§414. *"La condition de la nationalité au sens de l'API se distingue de celle de la nationalité au sens de l'article 25 de la Convention CIRDI en deux aspects fondamentaux. D'abord, contrairement à l'article 25 de la Convention CIRDI, l'API ne précise pas le moment de l'appréciation de la nationalité de la partie requérante. De l'avis du Tribunal, la condition de nationalité au sens de l'API doit être établie à la date du consentement de l'investisseur à l'arbitrage. L'offre d'arbitrer contenue dans le traité doit en effet exister, ce qui suppose que les conditions d'application du traité soient satisfaites, à la date du consentement de l'investisseur pour que celui-ci puisse parfaire la convention d'arbitrage résultant de l'offre générale d'arbitrer contenue dans le traité. Par ailleurs, les conditions d'application du traité, dont la condition de nationalité, doivent également être satisfaites, en l'absence de précision contraire du traité, à la date de la ou des violations alléguées, faute de quoi l'investisseur ne pourrait se prévaloir devant le tribunal arbitral mis en place en application du traité d'une violation de celui-ci."*

415. *"Deuxièmement, le traitement des doubles nationaux par l'API est différent dans son champ d'application et son contenu de celui prévu par la Convention CIRDI. Pour remplir la condition de la nationalité au sens de l'API, il suffit pour la partie demanderesse de démontrer qu'elle possède la nationalité de l'autre État contractant. Contrairement à ce qui a été soutenu par la défenderesse,<sup>344</sup><sup>638</sup> le fait que la demanderesse ait une double nationalité, comprenant la nationalité de la défenderesse, ne l'exclut pas du champ de protection de l'API. De l'avis du Tribunal arbitral, il n'existe pas de condition de nationalité "effective et dominante" pour les double-nationaux dans ce contexte. Un double-national n'est pas exclu du champ d'application de l'API, même si sa nationalité "effective et dominante" est celle de l'État de l'investissement (contrairement à ce qui a été soutenu dans l'avis de droit du Professeur Dolzer, produit par la défenderesse).<sup>345</sup><sup>639</sup> La considération du*

<sup>638</sup> [344 V. contre-mémoire de la défenderesse du 3 février 2003, pp. 6-7 ; pp. 123 et ss ; transcription de l'audience du 15 janvier 2007, pp. 45-46 (Me Leurent) ; v. aussi la transcription de l'audience du 6 mai 2003, p. 401 (Me Di Rosa)]

<sup>639</sup> [345 V. spéc. consultation p. 15 et le contre-mémoire de la défenderesse du 3 février 2003, p. 7]

*but même de l'API et sa rédaction excluent au contraire l'idée d'une condition de nationalité effective et dominante. Ainsi que l'a souligné le Professeur Dolzer, l'API accorde sa protection aux "investisseurs de l'autre Partie "ou "investisseur d'une Partie Contractante sur le territoire de l'autre "(v., par exemple les articles 2(1), 2(2), 3(1), 4(1), 5, 6, 7(1), 8(1), 10(1) de l'API). L'API n'aborde pas expressément la question de savoir si les double-nationaux hispano-chiliens seraient couverts par son champ d'application. De l'avis du Tribunal arbitral, il ne se justifierait pas d'ajouter (sur la base de ce qui a été prétendu être des règles de droit coutumier international) une condition d'application qui ne résulte ni de sa lettre ni de son esprit.<sup>640</sup> (Soulignement ajouté).*

*§416. "Dans le cas d'espèce, il suffit pour M. Pey Casado de démontrer qu'il possédait la nationalité espagnole au moment de l'acceptation de la compétence du tribunal arbitral sur le fondement de l'API et, pour bénéficier de la protection de fond du traité, au moment de la ou des violations alléguées de l'API. Comme on l'a vu dans les développements qui précèdent, cette condition est satisfaite.<sup>641</sup>"*

742. En effet, dans l'affaire *Serafin Garcia Armas and Karina Garcia Gruber c. Venezuela*, du 15 décembre 2014, la sentence arbitrale a étudié tous les API signés par l'Espagne entre 1900 et 2000 et a conclu que les doubles nationaux n'ont été exceptés en matière de protection des investissements en aucun d'eux, avec une seule exception.<sup>641</sup>
743. D'ailleurs, les conditions établies dans les §§413, 144, 415, 416 de la Sentence initiale en ce qui concerne l'API ne sont pas opposables à la cessionnaire Mme Pey Grebe dès lors que celle-ci est bénéficiaire de la Convention de double nationalité entre l'Espagne et le Chili.

(ii) *Selon la Sentence initiale, la date du 3 novembre 1997 relative à la nationalité au sens de la Convention du CIRDI n'est pas opposable à la cession intervenue en 2013*

744. Dans la détermination de la nationalité de la cessionnaire des droits de M. Victor Pey Casado au sens de l'article 25 de la Convention du CIRDI il faut considérer que les fondements du para. 1 du Dispositif de la Sentence ont estimé que la date critique est celle du consentement de l'investisseur, M. Victor Pey Casado, à l'arbitrage et la date de l'enregistrement de la Requête, et a admis que M. Pey ayant accordé son consentement en 1997, ce consentement étend au cessionnaire de ses actions dans CPP S.A. la faculté d'être partie à l'arbitrage :

*"§238. Le moment pertinent pour apprécier la nationalité de M. Pey Casado est donc celui de la date à laquelle les parties ont consenti à soumettre le différend à l'arbitrage, ainsi que la date à laquelle la requête a été enregistrée. Dans le cas d'espèce, M. Pey Casado a consenti à l'arbitrage du CIRDI, par une déclaration écrite à Santiago, le 2 octobre*

<sup>640</sup> [346 Le Tribunal arbitral partage à ce propos l'opinion des parties demanderesse, notamment qu'en analysant la condition de la nationalité au sens de l'API, le Tribunal doit partir de l'API et l'analyser "sans aller rechercher des conditions supplémentaires implicites" transcription de l'audience du 15 janvier 2007, p. 61 (Me Malinvaud). Les règles concernant le domaine de la protection diplomatique invoquées par la défenderesse (transcription de l'audience du 15 janvier 2007, pp. 46 et 51 (Me Leurent)) ne changent rien à cette conclusion]

<sup>641</sup> **Pièce CL303**, Cour Permanente d'Arbitrage : Affaire *Serafin Garcia Armas and Karina Garcia Gruber c. Venezuela*, décision sur la juridiction, 15 décembre 2014 (UNCITRAL), accessible dans <http://bit.ly/2kQPNbU>

1997.191 *La requête d'arbitrage des demanderessees a été enregistrée par le CIRDI le 20 avril 1998.*"

745. Le Prof. Schreuer<sup>642</sup> a également affirmé que les deux dates critiques sont celle du consentement et celle de l'enregistrement de la Requête :

*"Both the positive and the negative nationality requirements must be met at the time of consent as well as at the time the request for conciliation or arbitration is registered. The nationality of the other Contracting State must exist at both dates and the nationality of the host state must not exist at either date."*

746. La Convention ne voit pas d'une manière défavorable le changement de nationalité, elle peut même permettre que l'investisseur acquière celle de l'État défendeur après le consentement à l'arbitrage :

*"The convention would even permit the rather unlikely situation that the investor acquires the host state's nationality after the date of consent and loses it before the date of registration."*

747. Pour ce qui concerne les personnes physiques, l'art. 25(2)(a) établit que le critère de la nationalité soit présent à la date du consentement —celle où les deux parties ont donné leur consentement effectif— et à la date de l'enregistrement de la Requête

*"With respect to natural persons the Convention (Article 25(2)(a)) requires that the nationality criterion be met both on the date when consent is given—and this must be understood as the date on which both parties had effectively given their consent—and on the date when the request for conciliation and arbitration is registered..."*

748. Dans la présente affaire, la condition de nationalité espagnole exclusive de l'investisseur M. Pey Casado aux dates critiques en 1997 *ex* article 25 de la Convention étant remplie et reconnue dans la SI (§§322, 323), la transmission en 2013 *bona fide* des actions de CPP S.A. à une personne jouissant des avantages de la Convention de double nationalité entre l'Espagne et le Chili ne comporte aucune modification quant à la compétence *ratione personae* du Tribunal de resoumission.

749. Les fondements du para. 1 du Dispositif de la Sentence initiale en ce qui concerne le cessionnaire de 90% des actions de M. Victor Pey Casado dans CPP S.A. en 1990 sont également applicables à la cession des 10% restant en 2013 à Mme. Pey Grebe :

§551. *"En ce qui concerne la condition de consentement, les demanderessees ont soutenu que, pour le successeur ou le cessionnaire d'un investissement, le consentement écrit à la juridiction du Centre n'est pas nécessaire.<sup>501</sup><sup>643</sup> L'investisseur ayant accordé son consentement, ce consentement étend au cessionnaire la faculté d'être partie à l'arbitrage.*

<sup>642</sup> Schreuer (Ch.), *Commentary on the ICSID Convention*, ed. 2009, Art. 25, pages 274, 263 276, respectivement

<sup>643</sup> ["501 *Requête d'arbitrage*, p. 4 : "La doctrine admet l'accès à l'arbitrage du CIRDI dans l'hypothèse d'une cession spontanée de droits de la part d'un Investisseur personne physique." ; *mémoire des demanderessees* du 17 mars 1999, p. 30 ; *réponse des demanderessees au mémoire soutenant l'incompétence* soumis par la défenderesse du 18 septembre 1999, pp. 127-128 ; *réplique à la réponse soumise par la République du Chili au contre-mémoire réfutant le déclinatoire de compétence* du 7 février 2000, p. 21 ; *transcription de l'audience* du 4 mai 2000, pp. 77-78 (*Me Garcés*)"]

*Les demandereses ont également fait référence à la déclaration de M. Pey Casado en date du 2 octobre 1997,<sup>644</sup> dans lequel M. Pey Casado affirme expressément son consentement pour la Fondation (en tant que président et partie du directoire de la Fondation).<sup>645</sup> De plus, en tout état de cause, et malgré le fait qu'aucun consentement de la part de la Fondation n'aurait été nécessaire, la Fondation aurait donné formellement son consentement le 6 octobre 1997.<sup>646</sup>"*

*§553. "De l'avis du Tribunal arbitral, il est clair que la Fondation Presidente Allende a consenti à l'arbitrage (à l'exclusion de ce qui concernait la rotative Goss) le 6 octobre 1997.<sup>647</sup>"*

(b) La cessionnaire a consenti à l'arbitrage du CIRDI

750. En tout état de cause, la cessionnaire de 10% des actions de CPP S.A. a également consenti expressément à l'arbitrage dans les termes exigés par la Sentence initiale (§§551, 553, 554), et à ce titre Mme. Pey Grebe avait également le droit d'agir dans la procédure en resoumission.

(c) Considérations processuelles additionnelles

751. Dès lors que l'investisseur/demandeur M. Victor Pey Casado est représenté dans la présente procédure, la présence de la cessionnaire Mme. Pey Grebe est-elle compatible avec la présence de son père ?

752. La réponse à cette question devra tenir compte des faits suivants

- a) que la cessionnaire n'a pas formellement demandé au CIRDI ni au Tribunal arbitral de remplacer M. Victor Pey Casado. Elle figure dans le présent arbitrage en sa qualité de cessionnaire des droits et crédits du demandeur, mais n'a pas demandé le remplacement de ce dernier ;
- b) que dans la Demande en resoumission Mme. Pey Grebe comparait en sa qualité de cessionnaire de dix pour cent (10%) du patrimoine total, titres et crédits, de quelque nature que ce soit, du Consortium Publicitaire et Périodique S.A. (CPP S.A.), propriétaire, à son tour, de 99% des parts de l'Entreprise Journalistique Clarin Ltda (EPC Ltda)
- c) que la Demande de resoumission enregistrée par le Centre porte sur un *treaty-claim* ;
- d) que M. Victor Pey avait le contrôle effectif de ses actions dans CPP S.A. lorsque l'État du Chili a enfreint l'article 4 de l'API à partir de 1995 ;
- e) que l'État du Chili n'a pas fait objection au fait que, depuis mars 2013, Mme Pey Grebe est titulaire légale des droits matériels sur 10 % des actions de la Société Anonyme, ce

<sup>644</sup> ["502 Annexe 10 à la requête d'arbitrage du 3 novembre 1997"]

<sup>645</sup> ["503 Réponse des demandereses au mémoire soutenant l'incompétence soumis par la défenderesse du 18 septembre 1999, pp. 128-129"]

<sup>646</sup> ["504 Requête d'arbitrage du 3 novembre 1997, p. 4 ; mémoire des demandereses du 17 mars 1999, p. 36 ; réponse au mémoire soutenant l'incompétence soumis par la défenderesse du 18 septembre 1999, p. 128 ; réplique à la réponse soumise par la République du Chili au contre-mémoire réfutant le déclinatoire de compétence du 7 février 2000, p. 21"]

<sup>647</sup> ["506 V. annexe 2 à la requête d'arbitrage du 3 novembre 1997"]

qu'elle a notifié un mois après par voie judiciaire à la République du Chili (lors de l'exécution forcée du point 5 du Dispositif de la Sentence auprès de Tribunal de 1<sup>ère</sup> Instance n° 101 de Madrid), et quatre mois après au CIRDI ;

- f) que Mme. Pey Grebe a accepté la juridiction du CIRDI et la composition du Tribunal arbitral dans le contrat de cession figurant dans la pièce DI-01 de la procédure de resoumission (article 5)<sup>648</sup> ;
- g) qu'il n'y a pas eu, en l'espèce, ni *treaty-shopping* ni *forum-shopping* ;
- h) que la participation du cessionnaire dans la présente phase de l'arbitrage n'a nullement diminué les droits substantifs et processuels de la République du Chili.

### 2.7.3 Conclusion

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.

\*\*\*

## 2.8 La Décision de correction de la SR est affectée d'un excès de pouvoir, de l'inobservation grave d'une règle de procédure fondamentale, et d'un défaut de motifs

754. Le cadre factuel et juridique de ce motif d'annulation figure dans la Section III.6 de la Requête en annulation

755. La Décision du 6 octobre 2017, après avoir accepté la totalité des rectifications sollicitées par les Demanderesses, a imposé à celles-ci la totalité des frais de la procédure de rectification. Une sanction et un critère que M. V.V. Veeder, Q.C. ne partageait pas quatre mois avant, lorsqu'il a pris la Décision du 13 juillet 2017 sur la rectification d'erreurs matérielles prononcée dans l'affaire *Marco Gavazzi v Romania* :

Affaire <i>Marco Gavazzi v Romania</i> , Decision on rectification, <sup>649</sup> 13-07-2017 (Mr. V.V. Veeder co-arbitrator appointed by)	<i>Pey Casado c. Chili</i> , Decision on rectification 06-10-2017 (Mr. V.V. Veeder co-arbitrator appointed by Claimant)
§78. Taking into account the Tribunal's decision, which resulted in one arithmetical rectification to the Award, and the rejection of other rectifications, the Tribunal determines that each Party shall bear its own legal and other costs. There are no costs charged to the Parties	§57. (...) although it has, as indicated above, proceeded to make four rectifications to the text of its Resubmission Award pursuant to the obligation laid upon it by Article 49 of the Convention, the Tribunal has nevertheless come to the conclusion that three of the four rectifications concern matters of purely formal

<sup>648</sup> Pièce C264

<sup>649</sup> **Pièce CL284**, Affaire *Marco Gavazzi v Romania*, ICSID Case No. ARB/12/25, Decision on rectification, 13 juillet 2017

<p><i>for the costs of the rectification proceeding and therefore no costs to be allocated</i></p>	<p><i>import, and that none of the four rectifications has any perceptible impact on the meaning or effect of the Resubmission Award as such. Taking these factors into account, the Tribunal decides (...) that the costs incurred by the Centre in respect of these rectification proceedings (...) shall be borne by the Claimants.</i></p>
----------------------------------------------------------------------------------------------------	------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------

756. Le §57 de la Décision de rectification est d'ailleurs en contradiction avec le §249 de la Sentence en resoumission sur lequel il se fonde :

*"249. Le Tribunal est de l'avis que, en règle générale, la partie qui a gain de cause, qu'il s'agisse du demandeur ou du défendeur, doit être protégée contre le coût et les frais liés à la nécessité de participer au contentieux. Ce principe contribue à la réduction des coûts et à l'efficacité."*

757. Conformément au raisonnement développé dans la Requête en annulation, le paragraphe n° 7 du Dispositif de la Sentence en resoumission, et ses fondements dans les §§58, 61 et 62(b) de la Décision du 6 octobre 2017, devraient être annulés aux motifs suivants : inobservance grave d'une règle fondamentale de procédure, un excès de pouvoir manifeste et absence de motif.

758.

### 3. PAR CES MOTIFS

759. Les Demanderesses sollicitent respectueusement qu'il

#### PLAISE AU COMITÉ *AD HOC*

1. D'accepter le présent Mémoire, et ses pièces annexes, proposé en annulation
  - i. de la totalité de la Sentence en resoumission communiqué le 13 septembre 2016, pour les motifs établis à l'article 52(1) de la Convention, lettres (a), (b), (d) et (e), de la Convention du CIRDI, en ce compris
  - ii. l'annulation des §§58, 61 et 62(b) de la Décision du 6 octobre 2017, pour les motifs des lettres (b), (d) et (e) de l'article 52(1) de la Convention ;
2. De condamner le moment venu la République du Chili à supporter les coûts de la présente procédure d'annulation, des incidents - dont celui survenu les 12, 15 et 16 février 2018<sup>650</sup>- 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

<sup>650</sup> 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 présent Mémoire en annulation

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 27 avril 2018

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

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