

Juan E. Garcés, Abogado

ZORRILLA, 11 - 1º • DCHA.
TELÉF. 91 360 05 36 – FAX: 91 5311989
E-mail: 100407.1303@compuserve.com
28014 MADRID

[Par courriel]

Madrid, le 14 janvier 2019

Mme Laura Bergamini
CIRDI
MSN J2-200
1818 H Street, N.W.
Washington, D.C. 20433
USA

Réf. : Victor Pey Casado et Fondation Président Allende c. République du Chili (Affaire No. ARB-98-2. Nouvel examen- Procédure en annulation de la Sentence du 13-09-2016)

Madame la Secrétaire du Comité *ad hoc*,

Dans leur *Réplique* du 9 novembre 2018 les parties Demandérisses avaient signalé¹ que la Cour d’Appel de Santiago avait retenu la communication de son arrêt sur l’appel formé par la Fondation Présidente Allende le 25 avril 2018² relatif à la production de documents ordonnée au Ministère des AA.EE. dans l’injonction du 24 juillet 2017 du 28^{ème} Tribunal civil de Santiago, injonction formulée comme suit :

« *que soit décrétée la mesure préjudiciable 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.* »³

Les Demandérisses avaient sollicité respectueusement du Comité *ad hoc* qu’il leur soit permis de formuler avant les audiences prévues pour le 11 mars 2019 leurs éventuels commentaires à cette décision en rapport avec l’incident du 16 février 2018.⁴

Cet Arrêt a été notifié le 15 novembre 2018⁵, mais la correction de l’erreur relative à la date de l’injonction du 28^{ème} Tribunal civil, sollicitée le 19 novembre suivant⁶, a été

¹ Voir les §§506-518 de la **Réplique en annulation**

² Pièce C290f, communiquée au Comité *ad hoc* par les Demandérisses le 27 avril 2018

³ Pièce C110

⁴ V. la **Réplique en annulation**, §518, et la Demande en défense de l’intégrité et de l’équité de la procédure, du 27 avril 2018

⁵ Pièce C360f

⁶ C362e

notifiée seulement le 4 janvier 2019.⁷

L' Arrêt a statué que

« la décision attaquée le 20 avril 2018, prononcée dans la cause N° de Rôle 14.986-2017, 28ème Tribunal Civil, est révoquée, et en ses lieu et place il est décidé d'accéder à la mesure préjudicelle probatoire sollicitée, seulement en ce qu'il devra être procédé, lors d'une audience que le tribunal fixera à cette fin, à la production des documents où il serait fait établi si M. Franklin Berman QC et M. V. V. Veeder QC ont été représentants de l'État du Chili et rémunérés par ce dernier, et dans l'affirmative, la date et la désignation de la mission. » [Caractères appuyés dans l'original]

Cet Arrêt soulève les remarques suivantes :

1. Il a confirmé⁸ qu'en octobre 2017 n'avait pas été *vacated* l'injonction du 24 juillet 2017, contrairement à ce que l'État du Chili avait maintenu devant le Comité *ad hoc* lors de l'audience du 16 février 2017⁹ -cela sans le rectifier par la suite.¹⁰

2. Il a révoqué la Décision du 20 avril 2018 du 28^{ème} Tribunal civil de Santiago¹¹ qui, se pliant à des demandes successives de la représentation de l'État¹², avait accepté «*qu'entre en ligne de compte le motif d'exception envisagé à l'article 349¹³ du Code de Procédure Civile, relatif à la confidentialité des documents dont la demanderesse sollicite la production, application est faite de la démarche*

⁷ Pièce C361f

⁸ Voir dans les pièces C360f et 361f le Considérant 1^{er} de l'Arrêt et la correction de celui-ci dans la décision en rectification du 4 janvier 2019

⁹ Voir la Demande des Demanderoresses du 27 avril 2018 en défense de l'intégrité et de l'équité de la procédure en annulation

¹⁰ V. Chile's Counter-Memorial on Annulment, §§414-420

¹¹ Pièce C284

¹² Voir les demandes de l'État des 5 décembre 2017 (pièce 208), 5 janvier 2018 (pièce C220) et 12 janvier 2018 (pièce C221)

¹³ L'article 349 (338) dispose : « *Il pourra être décrété, sur sollicitation d'une partie, la production d'instruments existant en la possession de l'autre partie ou d'un tiers, pourvu qu'ils aient une relation directe avec la question débattue et qu'ils ne revêtent pas un caractère secret ou confidentiel. Les frais qui seraient rendus nécessaires pour la production seront [mis] au compte de la partie qui l'aurait sollicité, sans préjudice de ce qui serait décidé concernant le paiement des frais. Si la production est refusée sans juste cause, des mesures de contrainte pourront être appliquées au récalcitrant sous la forme stipulée par l'article 274 ; et si c'est la partie elle-même, elle fera en outre l'objet de la démarche d'avertissement stipulée à l'article 277* »; “Podrá decretarse, a solicitud de parte, la exhibición de instrumentos que existan en poder de la otra parte o de un tercero, con tal que tengan relación directa con la cuestión debatida y que no revistan el carácter de secretos o confidenciales. Los gastos que la exhibición haga necesarios serán de cuenta del que la solicite, sin perjuicio de lo que se resuelva sobre pago de costas. Si se rehúsa la exhibición sin justa causa, podrá apremiarse al desobediente en la forma establecida por el artículo 274; y si es la parte misma, incurrirá además en el apercibimiento establecido por el artículo 277. Cuando la exhibición haya de hacerse por un tercero, podrá éste exigir que en su propia casa u oficina se saque testimonio de los instrumentos por un ministro de fe.”

envisagée à l'article 277¹⁴ du Code de Procédure Civile...».

3. En confirmant que l'information relative à des paiements à des membres des Essex Court Chambers n'est pas «une affaire confidentielle qui pourrait affecter l'intérêt ou la sécurité nationale ni les relations internationales »¹⁵, la Cour d'Appel a rejeté la prétention de l'État Défendeur selon laquelle

« il découle des antécédents pouvant exister que [les documents ordonnés révélés par l'injonction en date du 24 juillet 2017] sont couverts par le secret ou la réserve et/ou [qu'ils sont] confidentiels, il y a juste cause à refuser ou s'excuser d'avoir à les produire conformément à ce que disposer les articles 273, 277 et 349 du Code de Procédure Civile.

Ce [caractère] secret, [de] réserve ou [de] confidentialité se trouve couvert à l'article 8 de la Constitution Politique de la République, en ce que cela dépend particulièrement de l'intérêt national et trouve une reconnaissance légale selon ce qui est établi à l'article 21 n° 4 de la Loi sur la Transparence, le Décret Suprême n° 155/2001 du Ministère des Relations Extérieurs, qui déclare de nature confidentielle ou pouvant par sa diffusion affecter l'intérêt national, conformément à l'article 8 de la Loi 19.886, les [prestations] de service dont les contrats seraient requis par la Direction Nationale des Frontières et Limites de l'État pour, entre autres, la défense internationale des intérêts du Chili, la faculté privative du Président de la République de qualifier et peser la mesure dans laquelle leur publicité et leur divulgation pourraient affecter l'intérêt national, en particulier ce qui a trait aux relations internationales, conformément à l'article 32 n° 15 de la Charte Fondamentale, quatrième disposition transitoire de cette même Charte Fondamentale, le Décret ayant Force de Loi n° 161 de 1978, qui contient le « Statut Organique du Ministère des Relations Extérieurs » (...) »¹⁶

4. On rappellera à ce sujet que lors de la procédure en rectification d'erreurs matérielles contenues dans la Sentence arbitrale du 13 septembre 2016 et lors de la respectueuse récusation de MM. Franklin Berman et V. V. Veeder, ceux-ci et l'État du Chili avaient décliné de communiquer au Président du Conseil Administratif du CIRDI et aux Demandeur·ses toute information au sujet de ces paiements à des membres des Essex Court Chambers, qu'ils alléguaien être confidentielle¹⁷ voire un secret qui

¹⁴ NdT: “**Art. 277** (267). S'il y avait lieu aux mesures mentionnées aux numéros 3^o et 4^o de l'article 273 et que la personne à qui en incombe l'accomplissement désobéissait, alors que se trouvent en son pouvoir les instruments ou livres auxquels les mesures font référence, elle perdra le droit de les faire valoir après, sauf si l'autre partie les faisait également valoir à l'appui de sa défense, ou si elle se justifie ou qu'il apparaît manifestement qu'elle ne pouvait les produire plus tôt, ou s'ils font référence à des faits distincts de ceux qui ont motivé la demande de production. Cela s'entend sans préjudice de ce que dispose l'article précédent et le paragraphe 2^o Titre II du Livre I du Code de Commerce» ; “Siempre que se dé lugar a las medidas mencionadas en los números 3^o y 4^o del artículo 273, y la persona a quien incumba su cumplimiento desobedezca, existiendo en su poder los instrumentos o libros a que las medidas se refieren, perderá el derecho de hacerlos valer después, salvo que la otra parte los haga también valer en apoyo de su defensa, o si se justifica o aparece de manifiesto que no los pudo exhibir antes, o si se refieren a hechos distintos de aquellos que motivaron la solicitud de exhibición. Lo cual se entiende sin perjuicio de lo dispuesto en el artículo precedente y en el párrafo 2^o, Título II, del Libro I del Código de Comercio.”

¹⁵ Pièce C360f, 4^{ème} Considérant

¹⁶ Pièce C208 : Manifestation de l'État du Chili le 5 décembre 2017 devant le 28^{ème} Tribunal civil de Santiago

¹⁷ Pièces C254 et C148: lettres de Sir Franklin Berman et M. V. V. Veeder au conseil des Demandeur·ses le 17 octobre 2016, respectivement, et les pièces Ex. R-33 et C167, lettres des 4 et 11 décembre 2016 de MM. Berman et Veeder au Président du Conseil administratif du CIRDI

relevait de « l'intérêt national »¹⁸.

5. L'objet de la demande de mesures préjudiciales formulée le 27 juin 2017 et de l'injonction du 28^{ème} Tribunal civil du 24 juillet 2017 était expressément la production des documents qui

« contiennent la preuve du conflit d'intérêts apparent entre des avocats/arbitres d'un cabinet d'avocats de Londres et la partie défenderesse (...) qui ont été et/ou sont actuellement rémunérés par l'État Chilien, relation qui n'est en aucun cas exhaustive: - Lawrence Collins, (...) Simon Bryan et Stephen Houseman (...) Christopher Greenwood (...) ; Samuel Wordsworth (...); Alan Boyle (...). »¹⁹ [Caractères appuyés dans l'original]

6. L'Arrêt de la Cour d'Appel a remplacé *sua sponte* l'objet de la demande par un objet différent, *extra-petita*, consistant à ordonner au Ministère des AA.EE. la production seulement des documents relatifs à M. Franklin Berman QC et M. V. V. Veeder QC.²⁰

7. Or n'ayant jamais envisagé que MM. Berman et Veeder aient été des « représentants de l'État du Chili », ni la Fondation Président Allende n'avait sollicité, ni l'injonction du 28^{ème} Tribunal civil du 24 juillet 2017 n'avait ordonné, la production de documents relatifs à des paiements à MM. Berman et Veeder, mais à d'autres membres des Essex Court Chambers, expressément identifiés, dont il avait été porte à la connaissance de la Fondation après le 20 septembre 2016 que qu'ils avaient été engagés à son service par l'État Défendeur, ou par d'organismes qui en dépendent, avant, pendant et après la procédure de resoumission devant le Tribunal arbitral dont faisaient partie MM. Berman et Veeder.²¹

8. Il n'existe aucun recours interne contre cet Arrêt du 15 novembre 2018, dont la

¹⁸ Pièce C138 : Réponse du 12 avril 2017 des autorités du Chili à un conseil de la Fondation Président Allende, invoquant le fait que ces informations avaient été déclarées « secrètes » et relevaient de « l'intérêt national » (page 2), et pièce 117 : *Chile's Response to Claimants Request for Disqualification*, du 16 décembre 2016, §§7, 8

¹⁹ Pièce C212 : les Demandeur(e)s sollicitent le 7 décembre 2017 du 28^{ème} Trib. civil de Santiago que soient adoptées les mesures de contrainte prévues à l'article 276 du Code de Procédure Civile, spécifiquement la perquisition dans les bureaux du Ministère des Relations Extérieures où pourrait se trouver la documentation dont l'injonction du 24 juillet 2017 avait ordonné la production

²⁰ Cette décision judiciaire est le corollaire des actes du Ministère des AA.EE. qui la précèdent. Elle constitue une discrimination à l'encontre des investisseurs qui enfreignent l'article 4 de la Convention entre l'Espagne et le Chili et des normes internes contraignantes pour l'État du Chili, dont les articles 8(1), 25 et 13(1) de la Convention Américaine relative aux Droits de l'Homme tels qu'interprétés et appliqués dans une affaire relative à un investissement par la Sentence de la CIDH, du 19 septembre 2006, cas *Claude Reyes et al v. Chile*, §118, 76, 77, 86, pièce CL414, accessible dans <https://bit.ly/2Rv6HxN>

²¹ Voir la Réplique en annulation du 9 novembre 2018, §425, et la Demande du 20 août 2008 de production de documents

conséquence pratique est qu'il vient couvrir et consommer, pour ce qui concerne l'État du Chili, la non-révélation par MM. Berman et Veeder entre décembre 2013 et novembre 2017 de l'information relative à un conflit apparent objectif d'intérêts, qu'ils pouvaient et devaient communiquer au CIRDI et à toutes les parties.²²

Toutefois, comme l'affirmait le professeur Pierre Lalive -président du Tribunal arbitral qui a prononcé la Sentence du 8 mai 2008 dans la présente affaire- « *ce que l'on peut nommer la 'jurisprudence internationale' a su jusqu'ici laisser, au besoin, sa juste part aux intérêts supérieurs des collectivités publiques ainsi qu'à l'ordre public international ou transnational, sans pour autant s'incliner servilement devant ce qu'Émile Zola désignait, le 13 janvier 1898, dans son célèbre 'J'accuse', comme 'le prétexte menteur et sacrilège de la raison d'État.'* »²³

Nous vous prions d'agrérer, Madame la Secrétaire du Comité *ad hoc*, l'expression de nos meilleures salutations.



Dr. Juan E. Garcés
Représentant de la Fondation Président Allende
et de Mme. Coral Pey Grebe

²² Voir la pièce C313 :*Advise on Victor Pey Casado v Chile* de Mr. Toby Cadman, et la section 9.2 de la Réplique en annulation du 9 novembre 2018

²³ Pièce CL415, Lalive (Pierre) : "Raison d'État" et Arbitrage International, in Liber Amicorum Karl-Heinz Böcktingel, Köln, Berlin, München, Carl Heymanns Verlag KG, 2001, page 475, accessible dans <https://tinyurl.com/yarat5np>