

Affaire CPA NO. 2017-30

**La Fondation « Président Allende »,
Victor Pey Casado, Coral Pey Grebe**

Demandeurs

c/

La République du Chili

Défenderesse

Audience du 5 février 2019

(Version définitive) Interventions des Demandederesses

Christine Rouxel-Merchet & Catherine Le Madic

French Court Reporters

Tél. 06.86.37.42.70 & 06.24.85.77.34

RouxelMerchet.christine@gmail.com & clemadic@gmail.com

LISTE DE PRÉSENCE

› **Tribunal Arbitral**

- | | |
|-------------------------------|---------------------------------|
| • M. le Pr Bernard Hanotiau | Président |
| • Mme le Pr Hélène Ruiz Fabri | Co-arbitre |
| • Me Stefen L. Drymer | Co-arbitre |
| • Mme Iuliana Iancu | Secrétaire du Tribunal arbitral |

› **Pour les Demandeurs :**

- | | |
|--------------------------|----------------------------------|
| • Dr Juan E. Garcés | Garcés y Prada, Abogados, Madrid |
| • Pr Robert Howse | Conseil |
| • Me Hernan Garcés Duran | Garcés y Prada, Abogados, Madrid |

› **Pour le Défendeur :**

- | | |
|------------------------------|-----------------|
| • Me Paolo Di Rosa | Arnold & Porter |
| • Me Mallory Silberman | Arnold & Porter |
| • Me Caroline Kelly | Arnold & Porter |
| • Me Kelby Ballena | Arnold & Porter |
| • Me Gaeta K. Gehring Flores | Arnold & Porter |
| • Me Katelyn Horne | Arnold & Porter |

› **Sténotypistes de conférences :**

- Mme Christine Rouxel-Merchet
- Mme Simone Bardot

› **Interprètes :**

- Mme Marie Dalcq
Mme Karine Dreyfus

S O M M A I R E

OUVERTURE DE L'AUDIENCE	4
PRÉSENTATIONS DES DEMANDEURS	4
PRÉSENTATIONS DES DEMANDEURS	21
PRÉSENTATIONS DES DEMANDEURS	31
QUESTIONS D'ORGANISATION	36

1 *L'audience est ouverte à 9 heures 15,*
 2 *sous la présidence de M. le Pr Bernard Hanotiau,*
 3 *dans les locaux de l'Hôtel Amigo, Rue de l'Amigo 1-3, 1000 Bruxelles*

4 **Ouverture de l'audience**

5 **M. le Président.**- Bonjour, Mesdames et Messieurs. Bienvenue à cette audience sur les
 6 objections de procédure dans l'*Affaire Fondation « Président Allende », Victor Pey Casado,*
 7 *Coral Pey Grebe c. la République du Chili.*

8 Good morning, ladies and gentlemen. Welcome to this hearing on jurisdictional objections in
 9 the case of President Allende Foundation Coral Pey Grebe versus the Republic of Chile.
 10 On the claimants' side, could we have appearances, please?

11 **Dr Juan Garcés.**- Monsieur le Président, Madame et Monsieur les Arbitres, je suis heureux
 12 de vous présenter notre équipe. Vous m'entendez ?

13 Donc j'introduis les membres de notre équipe : le Pr Howse à ma gauche, à ma droite,
 14 Me Hernan Garcés, et moi-même, Juan Garcés.

15 **M. le Président.**- Très bien, merci beaucoup. Vous entendez maintenant ?

16 (*Les interprètes signalent qu'elles n'entendent pas.*)

17 (*L'audience est suspendue quelques minutes pour régler des problèmes techniques.*
 18 *Elle est reprise à 9 heures 19.*)

19 **M. le Président.**- Est-ce qu'il y a des questions à aborder avant d'entamer les plaidoiries ?

20 **Dr Juan Garcés.**- De notre côté, il n'y a pas de question.

21 **M. le Président.**- Je vous demanderai, Monsieur Garcés, quand vous parlez, de vous mettre
 22 le plus près possible du micro pour qu'on vous entende bien.

23

24 (*L'audience, suspendue à 11 heures 21, est reprise à 11 heures 38.*)

25 **M. le Président (Interprétation de l'anglais).**- Monsieur Garcés, vous avez la parole.

26 **Présentations des Demandeurs**

27 **Dr Juan Garcés.**- Monsieur le Président, Madame et Monsieur les Arbitres, comme je le disais
 28 tout à l'heure, c'est un honneur de pouvoir vous adresser la parole aujourd'hui.

29 Est-ce que vous m'entendez ?

30 (*Problème technique, brève interruption de l'audience.*)

31 Après avoir entendu très respectueusement et attentivement l'exposé de nos confrères, je me
 32 demande s'ils ne se sont pas trompés de forum.

33 On dirait qu'ils se trouvaient sous la juridiction du CIRDI et non pas sous la juridiction
 34 UNCITRAL où la question qui nous réunit aujourd'hui est celle de savoir si le Tribunal arbitral
 35 a de la compétence ou n'a pas de la compétence.

36 **THE CHAIRMAN:** Could you please speak closer to the microphone.

1 **Dr Juan Garcés.**- Le problème est que le câble...

2 En fait, il y a seulement deux points qui ont été évoqués ce matin qui portent sur la
3 compétence. Ils font référence à l'article 26 de la Convention CIRDI et à l'article 53, la finalité.

4 Pour le reste, c'est un plaidoyer qu'on a entendu pendant la procédure initiale, devant le
5 premier Comité *ad hoc*, devant le Tribunal de resoumission, et encore une fois devant le
6 deuxième Comité *ad hoc*.

7 De notre point de vue, je commencerai par dire que nous connaissons probablement tous à
8 Paris la tour de l'horloge à côté du Palais de Justice, avec ces mots : « *tempus fugit, jus stat* »,
9 « *Le temps fuit, le droit demeure* ». Cette affaire est un exemple de la justesse de cette phrase.

10 Les Parties adverses ont omis toute mention à ce qui est l'enjeu principal de la procédure de
11 l'affaire *Pey*, qui se trouve dans les paragraphes 666 à 674 de la sentence initiale. Si vous
12 l'avez à votre portée, je vous invite à l'ouvrir sur le point 666, où le Tribunal initial rappelle
13 l'existence - je cite littéralement :

14 « *L'existence d'un jugement chilien reconnaissant la propriété de M. Pey Casado sur
15 les actions confisquées ainsi que le fait que les autorités chiliennes, exécutives et
16 administratives (comme judiciaires) étaient informées des revendications et demandes
17 formulées par les Demandanderesses* ».

18 Donc, le Tribunal constate que pour la justice chilienne - c'est une résolution de 1995 - M. *Pey*
19 est le propriétaire de ces actions, Décision de 1995.

20 Le paragraphe suivant, le 667, est également définitif pour cette séance – je cite :

21 « *Quant à l'invalidité des confiscations et au devoir d'indemnisation, il y a lieu de
22 rappeler aussi des déclarations parfaitement claires de la Défenderesse dans la
23 présente procédure.* »

24 Cela est important parce qu'en effet, le 11 septembre 1973, le système politique chilien dont
25 les racines se trouvent dans la séparation des pouvoirs et la tradition libérale liée aux valeurs
26 de la Révolution française, ce système-là a été renversé et, pour parler en termes juridiques,
27 la doctrine des élèves de M. Carl Schmitt ont pris le pouvoir – si on peut dire, en termes
28 juridiques- du Chili. Et c'est « la décision », n'est-ce pas, du leader en Allemagne d'après
29 [prière de comprendre : ledit] Schmitt, « la décision » du chef de l'armée qui a fait la loi au
30 Chili. Cela est nouveau dans l'histoire du pays. C'est sous ce principe « décisionnel » que
31 l'intervention et la confiscation de l'investissement ont eu lieu.

32 Mais à partir de 1990 les juristes qui suivent l'école de Schmitt ont été remplacés par d'autres
33 juristes qui se réfèrent plutôt à la tradition kelsenienne, c'est-à-dire le rétablissement de
34 l'autorité de la constitution, la hiérarchie pyramidale des normes constitutionnelles.

35 C'est dans ce contexte-là que, en 2001-2003, l'État du Chili a reconnu devant le Tribunal
36 arbitral que ces confiscations étaient « invalides ». Je citais dans ma duplique également
37 Kelsen dans la mesure où le Décret de 1975 est devenu « inefficace », et, par conséquent,
38 « invalide ». Et entre les lignes vous pouvez sentir cela dans la décision du premier Tribunal
39 que je suis en train de citer. C'est le cas particulier au paragraphe 668, que je vais lire
40 également littéralement – je cite :

41 « *Après le rétablissement au Chili d'institutions démocratiques et civiles, les nouvelles
42 autorités ont proclamé publiquement leur intention de rétablir la légalité et de réparer
43 les dommages causés par le régime militaire. Comme la Défenderesse l'a souligné...*

44 Je poursuis la citation, c'est la Défenderesse maintenant qui parle :

45 « *Les gouvernements démocratiques qui a remplacèrent en 1990, au moyen
46 d'élections libres, le gouvernement de Pinochet, se sont primordialement-préoccupés
47 de réparer les dommages causés par le régime instauré au Chili par le coup d'État du
48 11 septembre 1973. En effet, le Gouvernement a pris les mesures pour réparer les*

1 *dommages causés aux victimes dans tous les secteurs. Concrètement, en relation*
 2 *avec les confiscations, a été approuvée une loi qui dispose de la restitution ou*
 3 *indemnisation pour les biens confisqués, loi prise à l'initiative de l'Exécutif. »*

4 Fin de citation.

5 C'étaient les paroles de l'État du Chili devant le Tribunal initial lors de l'audience du 6 mai 2003.

6 Avant cela, en 2001, lors de la discussion de la demande de mesures conservatoires, l'État du
 7 Chili a fait une déclaration également très importante pour aujourd'hui, qui a été retenue par
 8 le premier Comité *ad hoc*, qui l'a soulignée dans sa Décision de 2012.

9 Je cite maintenant le Comité *ad hoc*, premier Comité *ad hoc*, la Décision, paragraphe 242 :

10 *« Le Comité relève le paragraphe 63 de la Décision du Tribunal initial relative aux*
 11 *mesures conservatoires. »*

12 Je cite – C'est un fragment de la sentence initiale :

13 *« Ainsi que l'a observé avec raison la Partie Défenderesse, dans l'hypothèse [citation*
 14 *interne, le Chili parle] 'où le Chili serait condamné' sur le fond (par un Tribunal Arbitral*
 15 *CIRDI s'étant reconnu compétent), la conséquence pratique évidente pour le Chili,*
 16 *principale ou exclusive, ne pourrait être que, soit l'obligation de restituer les actions*
 17 *revendiquées à leurs propriétaires légitimes (c'est-à-dire une restitution en nature), soit,*
 18 *en cas d'impossibilité d'une 'restitutio in integrum', l'obligation d'indemniser. »*

19 C'est l'engagement qu'a pris l'État du Chili devant le Tribunal initial en 2001 pour éviter les
 20 mesures conservatoires concernant l'exécution de la Décision 43.

21 Et le Comité poursuit - je cite :

22 *« De l'avis du Comité, ce paragraphe doit être lu comme signifiant que la Décision n° 43*
 23 *n'a pas causé un préjudice qui justifierait l'octroi de mesures conservatoires. Il est clair*
 24 *que le Tribunal ne rendait pas de décision sur le fond de l'affaire ».*

25 La décision sur le fond est intervenue bien entendu dans la décision de 2008.

26 Et reprenant donc celle-ci, le paragraphe suivant à ceux que je viens de lire, le
 27 paragraphe 669, c'est également dans la suite de cette prise de contrôle de la situation
 28 juridique interne à l'État du Chili par des juristes qui ne suivaient pas Carl Schmitt. Je cite :

29 *« Le Tribunal arbitral ne peut que prendre note avec satisfaction de telles*
 30 *déclarations » - la reconnaissance du devoir d'indemnisation aux propriétaires-*
 31 *« Malheureusement, cette politique ne s'est pas traduite dans les faits, en ce qui*
 32 *concerne les demanderesses, pour des raisons diverses qui, au moins pour partie,*
 33 *n'ont pas été révélées ou clairement expliquées par les témoignages ou les autres*
 34 *preuves fournies au Tribunal arbitral. (...) Quoi qu'il en soit de la pertinence et de la*
 35 *valeur des éléments qui ont été retenus à cet égard en droit interne chilien »*

36 -le Tribunal applique le droit international, je continue- :

37 *« Ces éléments ne peuvent prévaloir sur les considérations qui ont conduit le Tribunal*
 38 *arbitral aux conclusions précédemment énoncées, en application des dispositions de*
 39 *l'API ».*

40 Fin de citation.

41 Sur la base de ces quatre articles : 666, 667, 668 et 669, le Tribunal conclut au paragraphe 674
 42 – je cite :

43 *« En résumé, en accordant des compensations (...) à des personnages qui, de l'avis*
 44 *du Tribunal arbitral, n'étaient pas propriétaires des biens confisqués, en même temps*
 45 *qu'elle paralysait ou rejettait les revendications de M. Pey concernant les biens*

1 *confisqués, la République du Chili a manifestement commis un déni de justice et refusé*
 2 *de traiter les Demandéresses de façon juste et équitable. »*

3 Fin de citation.

4 Donc, on voit là que la sentence initiale parle de l'ensemble des biens confisqués, que la
 5 propriété des actions est quelque chose d'admis par la justice chilienne en 1995 et confirmé
 6 par le Tribunal arbitral.

7 Ceci ayant autorité de la *res iudicata*, la théorie de l'inexistence de l'investissement au moment
 8 où la sentence arbitrale initiale a été prononcée n'a aucun fondement.

9 Cela a été également confirmé par le premier Comité *ad hoc*, qui s'est refusé à annuler la
 10 Sentence sur la base de l'argument qu'on a entendu ce matin, que les biens étaient saisis et
 11 confisqués sous le régime de dictature et que lorsque l'API est entré en vigueur il n'y avait
 12 donc [pas] d'investissement existant. Le Comité *ad hoc* a rejeté cette demande.

13 Le rejet par le Comité *ad hoc* d'une question qui lui a été soumise a donc la valeur de la chose
 14 jugée. Nous soutenons que cette conclusion du Comité *ad hoc* confirmant sur ce point la
 15 Sentence initiale ne peut pas être remise en cause. Elle est obligatoire pour toutes les Parties,
 16 y compris, avec tous mes respects, pour le Tribunal arbitral.

17 Le Comité *ad hoc* a dit encore d'autres choses très importantes pour votre connaissance. Lors
 18 du débat devant le premier Comité *ad hoc*, deux fois, l'un de ses membres, le Pr Bernardini,
 19 s'est adressé aux Demandéresses pour leur poser la question suivante – je lis M. Bernardini :

20 *« J'aimerais comprendre. Vous faites l'appel à l'excès de pouvoir manifeste du Tribunal*
 21 *qui n'a pas appliqué l'article 7 de la constitution de 1980, si j'ai bien compris. »*

22 Là, le Pr Bernardini se réfère à la demande d'annulation partielle de la Sentence initiale que
 23 nous avons formulée aussitôt [que] nous avons pris connaissance du jugement interne du
 24 Tribunal de Santiago constatant la nullité du Décret. Aussitôt, nous nous sommes adressés
 25 au Comité *ad hoc* : « Voilà ce que nous venons d'apprendre. Nous demandons l'annulation
 26 partielle du paragraphe 4 [du Dispositif] de la Sentence du Tribunal arbitral initial ».

27 Le Comité *ad hoc* a trouvé que c'était *extemporané* et il n'a pas admis cette demande
 28 d'annulation partielle. Mais il y a eu un débat entre le Comité *ad hoc* et les parties. Le
 29 Pr Bernardini demande... « *La question est la suivante : Est-ce que vous supposez que cette*
 30 *question... »* - l'article 7 de la Constitution, cela est également un point très important car il
 31 relève de la séparation des pouvoirs, j'y reviendrai tout à l'heure-

32 *« cette question a été examinée avec les Parties par le Tribunal ou est-ce votre*
 33 *position, à savoir que le Tribunal a commis cet excès de pouvoir manifeste parce qu'il*
 34 *aurait dû, ex officio, appliquer cet article, que cette position ait été discutée ou pas avec*
 35 *les Parties ? Ma question est : est-ce que cet article 7, l'applicabilité de l'article 7 de la*
 36 *Constitution, a été discutée, ou est-ce que votre position est que, de toute façon, le*
 37 *Tribunal aurait dû l'appliquer, ex officio ? »*

38 Et quelques minutes après, le Pr Bernardini revient :

39 *« Désolé, mais je dois revenir à ma question préalable : cela est-il en application de*
 40 *l'article 7 de la constitution de 1980 ? L'attention du Tribunal a-t-elle été attirée [celle*
 41 *du Tribunal initial] sur cela ? J'ai cru comprendre qu'effectivement vous aviez plaidé*
 42 *dans ce sens, mais peut-être pourriez-vous revenir au paragraphe 593 de la Sentence,*
 43 *où le Tribunal dit à la fin de ce paragraphe (citation en français) « à la connaissance*
 44 *du Tribunal le décret supérieur n° 165 est toujours en vigueur. Pour autant que je sache,*
 45 *c'est le décret qui a justement confisqué, liquidé ces actifs et les a transférés. Le*
 46 *Tribunal est donc parti d'une hypothèse probablement erronée, selon votre déclaration,*
 47 *pour l'article 7 de la Constitution, que ce décret est toujours en vigueur. Je me demande*
 48 *si, s'agissant de l'existence de cet article 7, vous avez attiré l'attention du Tribunal sur*
 49 *ce point. Je répète ma question. »*

1 On voit donc là que le Comité *ad hoc* était extrêmement attentif à savoir comment on avait
 2 discuté de l'article 7 de la Constitution.

3 Cet article 7, qui est capital, est une version pratiquement égale à celle de l'article 4 de la
 4 Constitution qui était en vigueur lorsque les actes « décisionnels » de saisie et de confiscation
 5 ont eu lieu.

6 L'article 7 est un article qui est présent dans toutes les constitutions du Chili depuis la
 7 naissance de la république en 1818, dont les fondements se trouvent dans la Déclaration des
 8 Droits de l'Homme et du Citoyen. Cet article qui dit :

9 *« Toute Société dans laquelle la garantie des Droits n'est pas assurée, ni la séparation
 10 des Pouvoirs déterminée, n'a point de Constitution. »*

11 C'est comme ça dans la Déclaration des droits de l'Homme et du citoyen, et vous verrez ce
 12 principe dans cet article. Je cite :

13 *« Les organes de l'État agissent valablement suite à l'investiture régulière de leurs
 14 membres dans le cadre de leurs compétences, selon les modalités prescrites par la loi.
 15 Aucune magistrature, aucune personne ou réunion de personnes ne peut s'attribuer,
 16 fût-ce au prétexte de circonstances extraordinaires, une autorité ou des droits autres
 17 que ceux qui leur auraient été conférés expressément par la loi. Tout acte contrevenant
 18 à cet article est nul et donnera lieu aux responsabilités et sanctions que la loi dispose. »*

19 C'est nul, c'est-à-dire avec des effets *ex tunc*, ce qui a été la demande formulée par M. Pey
 20 devant les juridictions internes—en 1995 qui a été retenue pendant presque 13 années,
 21 jusqu'après connaître la sentence initiale.

22 Dès lors, ces références à cet intérêt du Comité *ad hoc*, parce que c'est dans ce contexte
 23 qu'il a manifesté, au paragraphe 266, l'un des fondements de notre demande.

24 Je cite le premier Comité *ad hoc* :

25 *« De l'avis du Comité, les Demandées ont soutenu, lors de l'audience de
 26 janvier 2007 [c'est la dernière audience devant le premier Tribunal] que l'indemnisation
 27 due était équivalente à celle résultant de la confiscation [équivalence], étant donné que
 28 la violation de l'API par le Chili avait pour conséquence d'empêcher les
 29 Demandées d'obtenir une indemnisation au titre de la confiscation. Le Tribunal a
 30 cependant adopté un autre standard : il a placé les Demandées dans la situation
 31 dans laquelle elles se seraient trouvées s'il n'y avait pas eu de violation de l'API, et il a
 32 accordé les montants fixés par la décision n° 43. »*

33 On voit là que le Comité *ad hoc* ne partageait pas cette conclusion du Tribunal initial, et la
 34 preuve finale c'est que l'État du Chili a demandé l'annulation de la totalité de la sentence
 35 initiale, alors que nous demandions seulement l'annulation partielle ; et dans le dialogue, nous
 36 avons précisé que c'était le point n° 4 [du Dispositif], c'est-à-dire le montant – et c'est
 37 seulement cela que le comité *ad hoc* a annulé.

38 Lorsque nous avons resoumis la demande devant le Tribunal de re-soumission, ce que vous
 39 pouvez lire dans la Demande, le Tribunal de re-soumission a été très clair, il a manifesté qu'il
 40 n'avait pas de compétence sur les questions qui sont intervenues entre les Parties après la
 41 date critique du 3 novembre 1997, et *a fortiori* sur celles qui sont survenues après la sentence
 42 initiale. Ce sont les paragraphes 216 et 198 auxquels je me référerais tout à l'heure.

43 Mais il y a également un point important par rapport à ce qui a été écouté ce matin, c'est le
 44 paragraphe 131 de la sentence de re-soumission. Je cite :

45 *« La Défenderesse soutient que l'ensemble des décisions sollicitées par les
 46 Demandées [devant le Tribunal de resoumission], en particulier celles qui sont
 47 relatives aux prétendues violations post-sentence initiale de l'article 4 du TBI excèdent
 48 le pouvoir du Tribunal, car soit elles constituent diverses nouvelles demandes, soit elles
 49 reprennent des demandes antérieures qui ont été rejetées. »*

1 Voilà la position de l'État Défendeur qui a été retenue dans la Sentence de re-soumission ; et
 2 vous avez entendu ce matin exactement la position contraire.

3 Mais au-delà de la lecture que j'ai faite, *verbatim*, et des paragraphes, des résolutions qui ont
 4 l'autorité de la chose jugée, ce qui nous importe également, c'est ce qu'affirme le second
 5 Comité *ad hoc* là-dessus, car c'est un organe du CIRDI qui interprète la deuxième sentence
 6 et la première sentence.

7 Et qu'est-ce qu'il nous dit, le second Comité *ad hoc* du CIRDI ?

8 C'est le paragraphe 79 de sa Décision du 15 mars 2018, concernant la demande de
 9 suspension,—non pas du caractère obligatoire de la Sentence de re-soumission — comme
 10 l'autre Partie a dit — mais la suspension de l'exécution de la partie qui est exécutoire de cette
 11 sentence, c'est-à-dire ce qui concerne les frais.

12 Alors le second Comité affirme... 79 :

13 « *Le comité confirme que les effets de l'autorité de la chose jugée...* »

14 Avant, pardon le 78 :

15 « *Les Demandéresses soutiennent que la procédure CNUDCL concerne une autre*
 16 *question, que le Tribunal avait expressément refusé de traiter, comme cela est expliqué*
 17 *au paragraphe 216 de la sentence après nouvel examen. Le comité juge utile de citer*
 18 *cette partie de la sentence, appelée de nouvel examen, dans son intégralité.* »

19 Une petite parenthèse, Monsieur le Président : il se peut que dans le courant de cette
 20 intervention, vous ayez – les membres du Tribunal – une question qui puisse être intéressante
 21 pour vous d'avoir une réponse sur le champ. Nous vous prions de la poser sans hésitation,
 22 nous serons très heureux de pouvoir vous répondre immédiatement.

23 Alors, je poursuis donc la citation que fait le second Comité *ad hoc* de la sentence de
 24 réexamen. Il cite donc le paragraphe 216 de la sentence :

25 « *Le Tribunal relève également à ce stade qu'une partie de l'argument qui lui est*
 26 *présenté par les Demandéresses dans la présente procédure de nouvel examen*
 27 *consiste à soutenir que les actions de la Défenderesse, depuis la transmission de la*
 28 *sentence initiale, ont constitué un nouveau déni de justice au titre duquel une*
 29 *compensation est due et peut être accordée dans la présente procédure de nouvel*
 30 *examen.*

31 *Le Tribunal doit rejeter cet argument purement et simplement. La raison en est, non*
 32 *seulement, que les allégations de cette nature devraient faire l'objet d'un processus de*
 33 *production d'éléments de preuve en bonne et due forme avant de pouvoir*
 34 *convenablement donner lieu à une décision dans une procédure arbitrale (et elles*
 35 *seraient effectivement soumises à un tel processus) mais aussi, tout simplement, que*
 36 *l'ensemble de ces arguments n'entrent clairement pas dans le champ de compétence*
 37 *de ce Tribunal qui (comme cela a déjà été indiqué) est limité (...) exclusivement au*
 38 *'différend' ou aux parties de celui-ci qui demeurent après l'annulation.*

39 Ces termes ne peuvent être interprétés que comme une référence au différend qui avait
 40 été également soumis à l'arbitrage, différend pour lequel la date critique était la requête
 41 initiale des Demandéresses [je rappelle, le 3 novembre 1997].

42 Les questions qui ont surgi entre les Parties après cette date et a fortiori les questions
 43 découlant d'une conduite postérieure à la sentence, ne peuvent pas, même avec un
 44 gros effort d'imagination, entrer dans le champ de la procédure de nouvel examen, en
 45 vertu des dispositions citées ci-dessus, et le Tribunal estime qu'il n'est pas nécessaire
 46 d'en dire plus sur cette question dans la présente sentence ».

47 Et le second Comité poursuit au paragraphe 79, je cite :

1 « Le Comité confirme que les effets de l'autorité de la chose jugée et de la litispendance
 2 interdisent aux Demandéresses d'exercer tout autre recours en rapport avec les
 3 demandes soumises à l'arbitrage CIRDI, comme le prévoit expressément l'article 26 de
 4 la convention. Les Demandéresses n'ont, par conséquent, pas le droit de présenter les
 5 mêmes demandes soumises dans cette affaire devant une autre instance, nationale ou
 6 internationale, et cette instance devrait rejeter ces demandes pour incompétence.

7 Toutefois [poursuit le second Comité], ce principe ne s'applique pas à de nouvelles
 8 demandes, c'est-à-dire à des demandes qui résultent prétendument des violations du
 9 TBI, qui se sont produites après le début de la procédure arbitrale dans la présente
 10 affaire. Pour reprendre le terme employé par le Tribunal de nouvel examen, la date
 11 'critique' est la date de la requête d'arbitrage initiale des Demandéresses, soit
 12 le 3 novembre 1997. »

13 C'est le paragraphe 80 de la Décision du second Comité *ad hoc*.

14 C'est n'est donc pas l'opinion d'une Partie – nous sommes, finalement, une Partie –, mais c'est
 15 également l'opinion d'un organe de l'organe du CIRDI compétent pour interpréter la situation
 16 actuelle de la procédure.

17 J'ajouterai maintenant quelle est la position parce que, finalement, nous appliquerons ici
 18 également le droit suisse de la jurisprudence... Que nous dit la jurisprudence suisse par
 19 rapport à la *res judicata* telle que nous l'invoquons ?

20 Nous avons cité, dans notre Duplique, les Pièces C-580 et C-499, deux sentences de la Cour
 21 Suprême Fédérale Suisse, qui affirment qu'une décision judiciaire est dotée de l'autorité de la
 22 chose jugée lorsqu'elle est irréversiblement obligatoire, c'est-à-dire qu'elle ne peut plus être
 23 remise en discussion ni par les Parties ni par les tribunaux.

24 Littéralement, je cite :

25 « Il y a autorité de la chose jugée lorsque la prétention litigieuse est identique à celle
 26 qui a déjà fait l'objet d'un jugement passé en force (identité de l'objet du litige). Tel est
 27 le cas lorsque, dans l'un ou l'autre procès, les mêmes Parties ont soumis au juge la
 28 même prétention en se basant sur les mêmes faits.

29 Elle ne s'oppose pas à une demande qui se fonde sur une modification des
 30 circonstances survenues depuis le premier jugement, ou plus précisément, depuis le
 31 moment où, selon le droit déterminant, l'état de fait ayant servi de base au dit jugement
 32 avait été définitivement arrêté. L'autorité de la chose jugée ne s'attache donc pas aux
 33 faits postérieurs à la date jusqu'à laquelle l'objet du litige était modifiable, soit à ceux
 34 qui se sont produits après le moment ultime où les Parties pouvaient compléter leurs
 35 allégations et leurs offres de preuves. De telles circonstances sont des faits nouveaux,
 36 *vrai nova*. »

37 C'est le cas de nos demandes et des demandes que la partie Défenderesse a remplacées. Il
 38 y a beaucoup d'affirmations de l'autre Partie qui nous distrairaient de ce qui est la raison de
 39 cette séance. Ils nous ont attribué, n'est-ce pas, dans leur exposé, ils ont pris quelques
 40 paragraphes ici ou là dans notre argumentaire, et ils l'ont converti dans la demande d'éléments
 41 que nous avons formulée.

42 En fait, les demandes que nous avons formulées au présent Tribunal sont résumées dans les
 43 pages du Mémoire sur la compétence et le fond n° 22 à 33. Ce sont... C'est là que sont les
 44 nouvelles demandes, que je résume à continuation [comprendre ci-après].

45 La première demande, c'est la controverse née le 4 février 2013 pour infraction aux
 46 articles 10.5, 3, 4 et 5 de l'API. Cette controverse, le Tribunal de re-soumission l'a exclue
 47 ouvertement, carrément de sa compétence.

48 La deuxième demande se trouve dans les pages 22 – 24, du Mémoire toujours. C'est
 49 l'expropriation indirecte, à partir du 8 mai 2008, des droits reconnus dans la sentence arbitrale

1 initiale -ce sont des droits- dans les paragraphes que j'ai cités tout à l'heure, les paragraphes
 2 666 à 674. Cette expropriation indirecte a enfreint les articles 3.1, 4 et 5 de l'API depuis
 3 le 24 juillet 2008.

4 La troisième demande est la discrimination à l'endroit des investisseurs demandeurs depuis
 5 le 8 mai 2008, qui a enfreint les articles 10.5, 3, 4 et 5 de l'API. Discrimination, pourquoi ?
 6 Parce que d'une manière systématique, la jurisprudence de la Cour suprême du Chili
 7 affirme... applique ce principe de la séparation des pouvoirs et détermine la nullité *ex tunc* des
 8 actes de confiscation édictés sous le régime de dictature.

9 Il n'y a pas d'exception. Toutes les sentences disent la même chose concernant la nullité *ex*
officio, *ex tunc*, de ces confiscations ; dans notre cas, c'est l'exception. C'est pourquoi il y a
 10 donc discrimination à partir du 8 mai 2008, telle qu'elle a été portée à la connaissance du
 11 Tribunal de re-soumission, qui l'a écartée de sa compétence.

12 La quatrième demande concerne l'infraction aux articles 3 et 4 de l'API, dès lors que l'État ne
 13 respecte pas les obligations de résultat et de comportement qui pèsent sur lui depuis le
 14 8 mai 2008 du fait de ce qu'a statué la sentence initiale. Je reviendrai tout à l'heure là-dessus.

15 La demande n° 5, ce sont les actes et omissions de l'État du Chili depuis janvier 2014, relatifs
 16 à l'occultation de l'envergure des rapports de l'État avec le groupement d'avocats dont sont
 17 membres la majorité des arbitres dans la procédure de réexamen suivie auprès du CIRDI entre
 18 juin 2013 et octobre 2017, enfreignant de la sorte les articles 3, 4, 10, 10.1 de l'API.

19 Il y a une différence fondamentale ici. L'autre Partie nous a parlé de ce qui n'est pas soumis
 20 au présent Tribunal. Nous n'avons pas soumis au présent Tribunal si la majorité des arbitres
 21 du Tribunal de re-soumission a agi conformément à son obligation établie dans la règle
 22 n° 6 [du Règlement CIRDI] : le devoir de révéler aux Parties les rapports qu'ils puissent avoir
 23 avec l'une des Parties.

24 Ça, ce n'est pas ce qui a été soumis au présent Tribunal, pas du tout ! Cela est en train d'être
 25 discuté devant le Comité *ad hoc*, sous la juridiction CIRDI, l'article 6 du Règlement.

26 Ce que nous avons soumis au présent Tribunal est l'obligation de l'État – partie
 27 Défenderesse – de ne pas occulter à l'autre Partie les rapports étroits, continus, qu'il avait avec
 28 des membres de la même-Chamber à laquelle appartenait la majorité du Tribunal. Cette
 29 occultation a été systématique. Ils ont dit... « c'était publié ». Dans les pièces que vous pourrez
 30 voir, jointes à la procédure, qui sont antérieures à la sentence de re-soumission, vous ne
 31 verrez pas dans la presse citée qu'un barrister de cette Chamber représentait l'État du Chili.
 32 Ce n'était pas du domaine public ; du domaine public qui normalement doit raisonnablement
 33 être connu par une des Parties.

34 Qui plus est, lorsque nous avons demandé à travers le CIRDI des informations là-dessus – et
 35 je dois corriger tout de suite ce qu'on a entendu dire, que nous nous sommes adressés *ex*
parte à MM. Berman et Veeder, c'est radicalement faux.

36 Nous nous sommes adressés à Mme la secrétaire générale du CIRDI, pour qu'elle
 37 communique à ces deux arbitres les questions suivantes concernant cela. Jamais nous ne
 38 nous sommes adressés directement à un arbitre, contrairement à ce qu'a fait l'arbitre nommé
 39 par l'État du Chili, dans les circonstances qui figurent dans les paragraphes 34 à 37 de la
 40 sentence initiale, qui consiste en cela.

41 Le chef de l'État chilien a nommé le ministre de l'Économie [à fin de] voyager avec une mission
 42 explicite au CIRDI, à une réunion avec le secrétaire général pour lui demander de renverser
 43 le Tribunal arbitral, parce qu'ils avaient appris par une confidence de l'arbitre nommé par le
 44 Chili que la sentence qui était en train d'être... qui avait déjà été communiquée par le Président
 45 - *the last draft of the President* - au secrétariat du CIRDI, était défavorable au Chili.

46 Alors, oui, il y a eu une réunion *ex parte*.

1 Or Monsieur Bedjaoui, ancien président du Tribunal [International de Justice], a connu – parce
 2 que-cela a été communiqué, que cette réunion a eu lieu —s'est adressé – c'est publié, je crois
 3 que c'est joint au dossier – au secrétariat général du CIRDI et a dit : « Les Parties, et ce
 4 Tribunal, ont droit de connaître ce dont on a parlé dans cette réunion *ex parte*. » La réunion
 5 *ex parte* a eu lieu le 4 septembre 2005, et ce n'est qu'en décembre suivant, à la suite d'une
 6 demande explicite du président Bedjaoui, que le secrétaire général a reconnu que pendant
 7 cette réunion l'État du Chili a fait état qu'il avait connu le contenu de la décision à venir.

8 Donc, l'autre Partie a fait une supputation sur la raison pour laquelle M. Bedjaoui a été écarté
 9 du Tribunal initial. Nous ne le savons pas, parce qu'il n'y a pas eu de motivation de cette
 10 décision. Nous restons au niveau des hypothèses, et l'hypothèse que nous retenons, c'est
 11 qu'au mois de décembre le contenu de cette réunion *ex parte* a été connu parce que
 12 M. Bedjaoui l'a demandé. S'il ne l'avait pas demandé, nous ne l'aurions pas connu.

13 C'est par rapport donc au rapport entre l'État et les membres de ces *Chambers* que la
 14 demande a été formulée – c'est la cinquième demande au présent Tribunal.

15 Et la sixième et dernière nouvelle demande, c'est le refus continu du gouvernement chilien,
 16 depuis le 24 juillet 2017, d'accomplir l'injonction du 28^e Tribunal civil de Santiago afin de fonder
 17 une demande en responsabilité civile extracontractuelle à l'encontre de l'État, suivie de la
 18 Sentence *extra petita* de la Cour d'appel de Santiago du 15 novembre 2018. Parce que ce que
 19 nous demandions, n'est-ce pas, c'est ce qui nous était occulté : combien de millions de dollars,
 20 d'après ce qui a été connu par la suite, a versé l'État du Chili à ces *chambers* pendant que la
 21 procédure de resoumission était en cours. Nous voulons connaître... La réponse de l'État
 22 chilien, devant le juge interne, a été : « C'est confidentiel. Nous ne pouvons pas le dévoiler.
 23 Par conséquent, l'injonction, nous n'allons pas l'exécuter. »

24 Là, nous sommes allés en appel, et la cour d'appel a dit : « Non ce n'est pas confidentiel. C'est
 25 une information qu'ils ont le droit de recevoir. » Mais, voilà l'*extra petita*. Nous avions demandé
 26 les versements pour les membres des *chambers* qui sont identifiés – ils sont indiqués dans la
 27 demande – mais nous n'avons jamais demandé les versements à M. Veeder ou à M. Berman.
 28 Cela, nous l'avons exclu, parce que c'est... (Rires.) Et cependant, le Tribunal d'appel nous dit :
 29 « L'État du Chili doit dévoiler ce qu'il a payé à M. Berman et à M. Veeder... » Il a changé l'objet,
 30 la *causa petendi* de la demande.

31 La décision de la Cour d'appel n'a pas de remède, n'est-ce pas ? Et donc nous sommes restés
 32 maintenant privés de l'information dont nous avions besoin pour poursuivre notre demande et
 33 pour l'exigence de la responsabilité extracontractuelle.

34 Or qu'est-ce qu'il importe, en ce moment, de déterminer ? La compétence du Tribunal arbitral.
 35 Cette compétence doit être établie conformément à l'API entre l'Espagne et le Chili.

36 Nous avons entendu très peu de références à ce Traité. La question est la suivante : d'après
 37 la Sentence initiale, quel a été l'investissement de M. Pey au Chili ?

38 La Sentence répond : il a acheté des actions et la juridiction interne en 1995 lui a reconnu la
 39 propriété de ces actions. Par conséquent, l'investissement, ce sont les actions.

40 Deuxième conclusion du Tribunal initial : M. Pey après l'entrée en vigueur... Non, avant l'entrée
 41 en vigueur de l'API, en 1990, il a transféré les actions (90 %) à la Fondation "Président
 42 Allende". Et en 1994, c'est entré en vigueur. Donc le Chili s'est battu devant le premier Tribunal
 43 pour dire que cette cession des actions ne comportait pas la cession du droit d'agir et des
 44 bénéfices de l'API. Nous l'avons entendu ce matin sous d'autres formes : il replaide la même
 45 chose. Ils ont été déboutés.

46 Le Tribunal arbitral, Sentence initiale – vous pouvez le lire – a établi que la cession des actions
 47 comporte la cession des bénéfices de l'API et le droit d'agir. Or en 2013, M. Pey, âgé de
 48 97-ans, a voulu préparer sa succession, ce qui était tout à fait normal. Et il a fait, il a suivi les
 49 mêmes cheminements qu'avec les autres actions : il a cédé le reste qui lui restait, 10 %, à sa
 50 fille, Mme Coral Pey.

1 Est-ce que cette cession comporte les droits d'agir et les bénéfices de l'API ? Nous disons
 2 « oui ». C'est une question qui a été déjà discutée devant le premier Tribunal et est chose
 3 jugée. Elle a été replaidée devant le premier Comité *ad hoc*, pour demander l'annulation de la
 4 totalité de la Sentence à cause de cela. Et le premier Comité *ad hoc* a confirmé la Sentence
 5 initiale. En conséquence, Mme Pey est la propriétaire des 10 % des actions. Et cela est
 6 parfaitement conforme avec l'article 1^{er} de l'API qui définit l'investissement comme « *tous les*
 7 *types d'actifs, tels que les biens et les droits de toute nature acquis...* » – acquisition. Donc, le
 8 verbe « *acquis* », dans ce paragraphe, signifie que le propriétaire actuel des actions a acquis,
 9 par donation, les actions. Et par conséquent, elles se trouvent dans le cadre du paragraphe 2
 10 de l'article 1, c'est-à-dire, un investissement.

11 Tous les arguments de l'autre Partie niant la qualité d'investissement sont incompatibles avec
 12 le paragraphe 2 de l'article 1^{er} – *acquis*. Conformément à la législation du pays qui reçoit ces
 13 investissements, l'acquisition de ces actions est tout à fait légitime, et la légitimité et la
 14 conformité au droit de cette transmission ont été reconnues par le Tribunal de resoumission

15 L'autre paragraphe important pour la compétence du Tribunal est si cet investissement a le
 16 caractère d'investissement étranger.

17 C'est une question qui a été également résolue par le Tribunal initial. L'investissement initial
 18 était considéré étranger, et avec la transmission des actions, cette qualité d'étranger est
 19 transmise. C'est comme cela que la Fondation a été reconnue comme partie Demanderesse
 20 – à partir de la cession à son bénéfice qu'elle a eue en 1990- après l'entrée en vigueur de l'API.

21 L'autre Partie nous dit : « Il n'existe pas d'investissement. » C'est une affirmation qu'ils ont
 22 réitérée devant le premier Tribunal, devant le premier Comité *ad hoc*. Eh bien ils ont-échoué,
 23 bien entendu, sinon nous n'aurions pas la Sentence et la Décision que nous sommes en train
 24 de commenter. Mais ils la réitérent !

25 L'entrée en vigueur de l'API en 1994 a donné à l'investissement la protection de l'API. Et cette
 26 protection s'est concrétisée dans la Sentence de 2008.

27 Par conséquent, nous soutenons que cette Sentence constitue, en elle-même, aussi un
 28 investissement. Et nous nous appuyons, dans cette conclusion, sur plusieurs sentences
 29 arbitrales qui arrivent à la même conclusion. Nous avons cité la Sentence *ATA Construction* ;
 30 nous avons cité la Sentence *White Industries*, et nous avons cité deux ou trois autres
 31 sentences qui considèrent qu'un investissement poursuit plusieurs étapes dans le courant des
 32 années, et que l'investisseur qui dispose d'une sentence ferme et définitive reconnaissant la
 33 qualité d'investissement sous la protection de l'API, constitue en lui-même un investissement.
 34 Par conséquent, il ne fait pas de doute, de notre point de vue, que nous avons un
 35 investissement, non seulement reconnu par la Sentence initiale, mais avec les conséquences
 36 de la Sentence initiale.

37 Un autre article, capital pour la compétence du présent Tribunal, est l'article 10. « *Le*
 38 *différend...* » J'ai énuméré les six différends que nous avons soumis.

39 Ces différends concernent tous l'interprétation ou l'application... Pardon, cela, c'est l'article 9.
 40 Ah ! C'est intéressant, oui, en effet. L'article 9, c'est le différend entre les Parties concernant
 41 l'interprétation de l'accord. C'est intéressant, parce que l'interprétation est possible dans le
 42 cadre de l'article 9, lorsque les deux États discutent sur l'interprétation. Mais l'article 10, qui
 43 est l'article qui s'applique dans notre cas, ne permet pas l'interprétation, n'est-ce pas ? Il y a
 44 une différence majeure.

45 L'article 10, paragraphe 1, indique que :

46 « *Tout différend relatif aux investissements au sein du présent Traité, entre l'une des*
 47 *Parties et un investisseur d'un autre Partie, sera...* », etc.

48 Donc, c'est « tout différend ». C'est une définition large des différends qui a été également
 49 retenue par les sentences initiales. Et ce différend, pourvu qu'il porte sur... qu'il soit relatif à
 50 l'investissement au-sens du présent Traité, est sous la compétence du présent Tribunal. « Tout

1 différend... » ! Que ce soit une question substantielle dans le Traité lui-même ou que ce soit
 2 une question qui n'est pas l'objet du Traité en lui-même.

3 Et nous avons indiqué, d'une manière contextuelle, que plusieurs normes de droit international
 4 coutumier et de droit international conventionnel ont été enfreintes depuis 2008 par l'État du
 5 Chili.

6 Par conséquent, le Tribunal, conformément à cet article, a de la compétence pour, le moment
 7 venu, le trancher sur le fond – sur le fond, parce que l'autre Partie a insisté sur la question-du
 8 *quantum*.

9 Nous avons expliqué pourquoi il y a des coïncidences manifestes entre le *quantum* que nous
 10 avons soumis au second Tribunal, et dans le Rapport Accuracy, et le *quantum* soumis au
 11 présent Tribunal.

12 Le Rapport, d'abord, c'est une question qui relève du fond de l'affaire. Mais si vous me
 13 permettez brièvement une référence, le Rapport Accuracy est fondé sur l'application de ces
 14 paragraphes de la Décision du premier Comité *ad hoc* qui remarque que nous avons droit à
 15 solliciter l'équivalence de la valeur du *quantum* pour la violation du Traité survenue après
 16 l'entrée en vigueur du Traité, par définition, avec le montant qui était la valeur de
 17 l'investissement original.

18 Donc c'est sur l'application de ces principes et de la violation du Traité après 2000 et en 2002,
 19 que le rapport Accuracy a été établi. Or ce fait-là la Sentence de resoumission a dit qu'il était
 20 en dehors de sa compétence.

21 S'il est en dehors de sa compétence, nous avons tout droit, n'est-ce pas, dans ce cadre légal,
 22 et factuel, de soumettre les calculs, car finalement, la violation du Traité est intervenue après
 23 [la date à] laquelle le Tribunal arbitral n° 2, de resoumission, a établi qu'il n'était pas compétent,
 24 et les faits à l'origine de la dispute sont toujours les mêmes : il y a eu un investissement
 25 en 1972.

26 Mais ce sont les faits à l'origine. La violation du Traité n'a pas eu lieu, par définition, en 1975 ;
 27 elle a eu lieu après l'entrée en vigueur de l'API. C'est absolument évident. Et cependant, la
 28 confusion et l'équivoque est maintenue tout le temps par nos opposants.

29 Maintenant, le paragraphe 3 de l'article n° 10 : le recours à l'arbitrage international.

30 Nous avons toujours défendu – et nous défendons aujourd'hui – le droit international et la
 31 nécessité de l'arbitrage international. C'est une question fondamentale pour nous, sur laquelle
 32 nous ne transigeons pas. C'est grâce au droit international et à l'arbitrage international que
 33 nous avons pu vaincre l'opposition de l'État du Chili à nos revendications. Si cet accès au droit
 34 international et à l'arbitrage international avait été fermé aux Demandées, l'investissement
 35 aurait été définitivement perdu.

36 Par conséquent, nous nous battons, et nous nous battons sur tous les fronts.

37 Il est manifeste – c'est public, nous avons suivi le modèle de la Cour internationale de justice –
 38 que tous nos mémoires sont publiés, systématiquement. Donc il est connu – c'est du domaine
 39 public – qu'il y a une discrépance [comprendre divergence] entre notre analyse de la Sentence
 40 initiale et du Comité *ad hoc*, *res judicata*, et la manière dont le Tribunal de resoumission a
 41 appliqué ce qui est *res judicata*.

42 Eh bien, nous croyons que ce n'est pas seulement un droit des investisseurs individuels que
 43 nous sommes en train de défendre, mais c'est le système arbitral lui-même, n'est-ce pas, qui
 44 a intérêt à ce que, s'il y a eu – comme nous le soutenons – une injustice pendant la procédure
 45 de resoumission, ce soit le système arbitral lui-même qui rectifie ce qui s'est passé. Et nous
 46 avons fait recours aux remèdes que nous accordé l'article 52 de la Convention du CIRDI. C'est
 47 là où nous défendons nos positions. Là, sur le forum pertinent, pas ici. Ce n'est pas l'endroit
 48 où nous devons manifester nos discrépances [ditto] avec la Sentence de resoumission. Pour
 49 nous, la Sentence de resoumission est *res judicata* dans l'état où elle est actuellement. Il n'y

1 a pas de contradiction. Ici, elle est ferme ! Et nous réagissons et nous raisonnons dans les
2 termes de la Sentence de 2016.

3 Une autre chose-est notre droit à mettre en question sous le forum compétent, le CIRDI, notre
4 discrépance [ditto] sur la manière, l'excès de pouvoir, etc., etc.,-mais pas ici.

5 L'autre Partie mélange les plans et crée de la confusion. On peut aisément l'éviter en
6 remarquant quelle est la compétence de ce Tribunal et quelle est la compétence du Comité
7 *ad hoc* n° 2.

8 Or nous avons fait recours à l'arbitrage international sous l'API qui, dans le paragraphe 3,
9 permet aux investisseurs, à leur choix, de choisir l'un des organes désignés à l'article 10.

10 Nous avons soutenu que lorsqu'un investisseur accepte l'offre d'arbitrage contenue dans le
11 Traité arbitral, c'est en fait accepté pour des faits antérieurs. C'est une acceptation
12 rétrospective et exhaustive, seulement sur des faits qui sont survenus antérieurement au
13 consentement. Et que ce consentement, n'est-ce pas, perdure tout au long où la procédure
14 qui a été initiée sous ce consentement est ouverte.

15 Et nous soutenons que, d'après la Sentence de resoumission, le différend concernant ou
16 soumis à l'arbitrage le 3 novembre 1997 (« la *date critique* ») est arrivé à son terme avec la
17 Sentence de resoumission du 13 septembre 2016.

18 Pourquoi cette date-là ? Parce que, par la suite, que ce soit la procédure de rectification
19 d'erreurs matérielles, que ce soit, maintenant, si elle prospérait, la procédure en annulation,
20 elles ne peuvent pas modifier la Sentence de 2016.

21 La rectification ne peut pas la modifier, c'est seulement des questions arithmétiques,
22 grammaticales, etc. Et si la procédure d'annulation prospérait devant le Comité *ad hoc*, la
23 situation serait, disons, la même que lorsque la première Sentence et la Décision du premier
24 Comité ont été confirmées.

25 C'est-à-dire, la procédure soumise le 3 novembre 1997 est arrivée à sa fin avec cette
26 Sentence.

27 Il n'y a donc pas en ce moment de *bis in idem*, par définition, parce que ces six demandes
28 sont toutes nouvelles par rapport à la compétence *ratione temporis* que s'est accordée le
29 second Tribunal.

30 Il n'y a pas de *litispendance*. Ce que nous demandons au comité *ad hoc* n'a rien à voir avec
31 les demandes que nous avons soumises au présent Tribunal arbitral.

32 *Res judicata*. Nous sommes les premiers à la respecter, et nous ne mettons pas en question
33 la *res judicata* de la seconde Sentence.

34 Par conséquent, les préventions [prière de comprendre : exclusions] que le second Comité a
35 faites aux Parties dans la Décision que j'ai lue du 15 mars 2018 je crois que-dans notre
36 circonstance sont parfaitement respectées. Ce sont des demandes nouvelles que nous avons
37 soumises. Il n'y a pas de *res judicata* ; il n'y a pas *litispendance* ; il n'y a pas de *bis in idem*.
38 Par conséquent, ce Tribunal est compétent conformément aux dispositions du Traité.

39 On nous dit qu'une fois que la soumission initiale a eu lieu devant le Tribunal CIRDI, nous
40 sommes, d'après la lecture qu'ils font de l'article 26 de la Convention, par la suite liés pour
41 d'autres demandes qui pourraient intervenir.

42 Non ! Ce n'est pas possible de parvenir à cette conclusion de notre point de vue pour les
43 raisons suivantes.

44 Premièrement, nous avons étudié, et nous avons cité, les travaux préparatoires de la
45 Convention CIRDI. Très clairement, on y a discuté du contenu actuel de l'article 26 – cela
46 faisait référence à l'exclusivité par rapport aux juridictions internes -dans notre cas, l'article 10,
47 paragraphe 2 de l'API. Une fois que l'on a fait le choix pour la juridiction internationale, ce choix

1 est définitif. C'est dans ce sens-là que la discussion est intervenue dans la Commission et
2 dans les travaux préparatoires.

3 Or ce que l'autre Partie souhaiterait faire dire au Traité hispano-chilien, n'est-ce pas, c'est
4 l'épuisement des procédures internes ; indirectement, par la porte arrière, il est en train
5 d'introduire que les procédures internes auraient dû être épuisées avant de parvenir au
6 remède du droit international et de l'arbitrage international.

7 Ils le disent d'une manière équivoque, comme beaucoup de choses, lorsqu'ils disent : « Ah ! Il
8 y avait une loi interne qui avait ouvert une procédure administrative pour la restitution ou la
9 compensation de la confiscation, et vous n'avez pas demandé à en bénéficier. »

10 C'est un argument qui a été discuté devant le premier Tribunal et qui a été tranché dans la
11 Décision sur les mesures conservatoires. Ils ont dit là – et je me permets de vous lire cette
12 décision du premier Tribunal : ils ont soutenu que la décision 43 n'était pas « *l'attribution de la*
13 *propriété à des tiers.* » Non. Donc ce n'était pas l'objet... Il n'y avait pas besoin de mesures
14 conservatoires. Ils se sont engagés, s'il y avait une condamnation ferme de l'État du Chili, à
15 restituer ou à compenser. Donc cette question a été résolue par le premier Tribunal arbitral.

16 Ils font une lecture des choix de l'arbitrage qui nous paraît linguistiquement insoutenable. Ils
17 sont allés lire ce traité dans sa version anglaise, et moi, ma langue maternelle est une langue
18 latine - c'est le catalan ; ma langue d'école, c'est une langue latine : c'est l'espagnol. Le
19 français, c'est une langue latine, et lorsque nous lisons l'*« un-des organes d'arbitrage »*, ce
20 « un », dans une langue latine, est peut-être, certainement un numéral-ou peut-être un article
21 indéterminé.

22 Et cette différence ne se trouve pas dans les mêmes termes dans la langue anglaise.

23 Alors ils jouent avec cette lecture à partir du prisme de la langue anglaise pour dire : « *One*
24 signifie "un" », numéral. L'un ou l'autre ? Un seul. Ce n'est pas ce qui est dit dans l'article 3. Il
25 me semble que la lecture conforme de l'article 3... Pardon, le paragraphe 3 de l'article 10, il
26 me semble que l'interprétation de ce paragraphe, conformément aux règles de la Convention
27 de Vienne, de l'article 31 à 33 sur l'interprétation des traités, le sens littéral et le sens
28 contextuel et la finalité du traité – n'est-ce pas ? – soutient que « un », ici, c'est un article
29 indéterminé.

30 Cela d'autant plus qu'il ne s'agit pas de la même demande [prière de comprendre :
31 controverse]. La demande étant distincte, la liberté de choix de l'investisseur est déclarée, est
32 établie dans le Traité, et nous avons donc exercé ce droit.

33 L'interprétation de l'autre côté introduit, dans ce paragraphe 3, des éléments, des conditions
34 qui ne sont pas dedans, et donc qui sont inadmissibles.

35 Nous avons étudié très, très soigneusement la sentence arbitrale de l'Affaire
36 *Murphy c. l'Équateur* qui a discuté, *mutatis mutandis* certaines choses, le même problème, et
37 je crois que le raisonnement de cette sentence, concernant l'interprétation de l'application de
38 l'article équivalent du Traité de l'Équateur, avec une rédaction similaire, est parfaitement
39 applicable dans notre cas. Et par conséquent, nous parvenons aux mêmes conclusions.

40 Et je ne sais pas si... Je souhaiterais donner la parole, avec votre permission, au Pr Howse,
41 mais avant cela, je ne sais pas si vous souhaitez poser quelques questions déjà, dès
42 maintenant, auxquelles je pourrais répondre.

43 **M. le Président.-** Non.

44 **Dr Juan Garcés.-** Alors peut-être, si vous voulez..

45 **PROF HOWSE.-** Mr President, members of the tribunal, I only want to very, very briefly
46 supplement the remarks of Mr Garcés. I, first of all, would like to take you, if I may, the
47 Spain-Chile bilateral investment treaty and as I understood one of the arguments of opposing
48 counsel earlier this morning, the treaty contains some kind of condition for bringing a claim,

1 that an investment exists at a certain point in time, and I just want to point out that there is no
 2 actual provision of the treaty that says that.

3 If you turn to the definition of investment we have already cited that. You can see that
 4 it does not include a temporal element. Then if you look at the compromissory clause, Article
 5 10, it also does not have as a condition that an investment would have existed at any
 6 particular point in time for bringing a claim. It just says: "Toute controverse relative aux
 7 investissements, au sens du présent Traité, entre une Partie contractante et un investisseur
 8 de l'autre Partie contractante sera, dans la mesure du possible, résolue par des discussions
 9 amiables entre les deux parties à la controverse. ".

10 **PROF HOWSE:** It follows that it can be, under certain conditions, submitted to an
 11 international arbitration tribunal. So here also, again, there is no temporal condition and
 12 there are treaties that have such conditions. The one that I am most familiar with is the
 13 NAFTA, for example, which may soon become the USMCA, and it seems to me that one
 14 cannot invent or construct such a temporal condition concerning the existence of an
 15 investment because it is not in the treaty and then one would have to figure out what is the
 16 time frame? How long before bringing the claim would an investment have to exist or would
 17 it have to exist in full or in part at the time, you know, at which the wrongful conduct
 18 occurred?

19 All of these are possibilities that might make certain sense if one were drafting a
 20 treaty but the treaty drafters have not turned their minds, it seems, to these possibilities
 21 because they did not put any temporal condition concerning when an investment might have
 22 had to exist in order for an investor to exercise their rights under the compromissory clause-
 23 Article 10.

24 So that is my first observation.

25 I am going to go very quickly. My second observation has to do with the multiple
 26 ways in which the word "expropriation" has been used throughout these proceedings and
 27 also in the presentations of opposing counsel this morning. As I am sure the members of the
 28 tribunal are well aware, the expression "expropriation" can denote a range of different
 29 juridical or even factual consequences of certain events and here some of those events
 30 included are obviously seizure and confiscation. So it is undoubtedly true and has never
 31 been contested that the seizure and confiscation events took place before the coming into
 32 force of the treaty.

33 The actions of the dictatorship that are described in various of the proceedings as
 34 seizure and confiscation historically took place before that.
 35 What are the juridical effects that arise from these acts? This is a much more complicated
 36 question that it seems to me, in many ways, the presentations of opposing counsel finesse.
 37 One kind of effect of confiscation or seizure is it could constitute a violation of international
 38 law either customary international law or conventional international law under a treaty. And
 39 so in this particular instance it is common ground, at least this between the parties --
 40 although it seemed to me that the presentations of opposing counsel this morning may have
 41 distracted from this common ground -- that the events of seizure and confiscation in and of
 42 themselves were not actionable as a violation of the treaty because those events occurred
 43 before the treaty came into force.

44 I think we all agree about that actionability. But that does not dispose of all the legal
 45 effects that arose from those events. For one thing, it is entirely possible that -- and I think
 46 likely, although you know, this is not the basis of this particular proceeding -- that these
 47 events would have constituted a violation of customary international law, that this would have
 48 been an illegal expropriation not in accord for example with due process of law. But many of
 49 the legal effects that we are concerned with here are legal effects under Chilean law and the
 50 law of Chile is applicable law under the treaty and it is law that the tribunal must apply.
 51 So one of the areas of obvious dispute between the parties, which the tribunal will have to
 52 address, is the different understandings of the legal effects in Chilean law that flowed from

1 these events because these legal effects in no way ended at the time of the events. In
 2 fact it is the events that actually gave rise to these various legal effects under the municipal
 3 law in question, the applicable law here being that of the host State Chile. And it is our
 4 submission, and has been consistently our submission, that by virtue of the constitution and
 5 public law generally of Chile that some of these legal effects would include a claim based
 6 upon the illegality and unconstitutionality of the seizure and confiscation by the dictatorship.

7 Of course as a de facto matter, in Schmitian terms, to cite my colleague, while the
 8 dictatorship was in power it would not matter that the rule of law was being not respected
 9 because they did not respect the rule of law. But the legal effects under domestic law,
 10 including domestic constitutional law, of this kind of confiscation and seizure might well begin
 11 to have very significant impacts with the end of the dictatorship and the restoration of the rule
 12 of law in Chile, and it is exactly those impacts that we are concerned with here.

13 The impacts that occurred once democracy was restored and once the claimants
 14 were attempting to give life to the legal effects that always existed, they were just not
 15 obviously recognised by a regime the dictatorship that did not recognise the rule of law.
 16 So now the issue is precisely what are the internationally wrongful acts that prevented the
 17 claimants from in fact being able to obtain redress which and the right of -- fulfill or vindicate
 18 the right of redress, which we are submitting was something that flowed from the legal effects
 19 under Chilean law, not under international law but under Chilean law of the original seizure
 20 and confiscation. So it has been the effort of the investors to give reality to and get redress
 21 in light of these legal effects. That is the subject matter of this proceeding, and so here it
 22 seems to me that we come to this issue of equivalence of damages or the issue of damage
 23 claims.

24 It sometimes happens that the redress for a violation of municipal law might be the
 25 same as a redress for a violation of international law and it seems to me that although they
 26 have not stated explicitly opposing counsel in their presentations this morning -- and again I
 27 think this is present in their pleadings -- have stated implicitly what I would call false
 28 syllogism and the false syllogism is the following: that the measure of damages being
 29 claimed by the claimants is the kind of measure of damages that would have applied had the
 30 original confiscation and seizure been found to be an internationally wrongful act and,
 31 therefore, because the amount corresponds to what would have been found in that instance
 32 and there was not here found to be an internationally wrongful act in violation of the treaty for
 33 the temporal reasons, that therefore if a similar amount of damages has been pleaded it
 34 must be because illegitimately or surreptitiously the claimants are trying to introduce or
 35 reintroduce a claim of violation of international law with respect to expropriation that has
 36 failed for them up to this point. But that need not be the case at all because the idea of
 37 restitutio in integrum was not invented whole clause by the court in Chorzów or even by
 38 publicists. This idea restitutio in integrum is something that comes from major legal systems
 39 of the world.

40 So it would not have been surprising that the effects of an unconstitutional and illegal
 41 taking under Chilean municipal law would engage a standard of redress which would include
 42 restitutio in integrum, the same standard that would have applied, it is true, had there
 43 been a violation of international law. But that very fact does not in any way suggest that the
 44 claimants are trying to actually make an argument for damages that they could only get by
 45 virtue of a violation of international law concerning expropriation, i.e. the provision of the
 46 treaty that addresses expropriation.

47 Now this does not of course dispense with requirements that we prove the damages;
 48 we recognise that full well. But of course at this stage we are dealing with competency of the
 49 tribunal. We are not dealing with the actual proof of the quantum of damages.

50 So we are not saying that it is self-evident that we are entitled to these damages. We have
 51 to relate the damages to the character of the internationally wrongful act. But the
 52 internationally wrongful acts in this question are acts that have precluded the kind of

1 redress that the claimants would have had or could have under Chilean internal law. They
 2 go to the municipal law effects of the original confiscation and seizure and they go to
 3 internationally wrongful behaviour, which, as we have already stated, occurred after in this
 4 case from 2008 on, which closed the door effectively or -- to the possibility of redress under
 5 the constitution for the internal legal effects of the original confiscation, the original seizure
 6 and confiscation.

7 One final point. Transitional justice. This is really why we are here. Transitional
 8 justice rarely takes a linear and straightforward and rapid path. I think we have seen that in
 9 many, many different contexts. Now, in the Chilean context, and this is just to give some
 10 shade or nuance to what opposing counsel said in their presentation this morning, when
 11 there was a restoration of democracy one of the approaches that was taken by the new
 12 regime was to have a transitional justice law with a process for reparation. And we have
 13 heard a lot from opposing counsel about the fact that the claimants chose in the end not to
 14 pursue that route.

15 Now, in retrospect, that was probably a good choice because in fact there was a fraud
 16 perpetuated which we know about and which is res judicata, which is through that process
 17 compensation got awarded to persons who were not entitled to it as actually owners of El
 18 Clarín.

19 But aside from that one of the key decisions of the Chilean Parliament was to allow
 20 two routes to have the compensation route through the transitional justice law but not to
 21 preclude other routes to possible redress. And I would contrast this, for example, with South
 22 Africa, where I actually was personally involved in drafting the South African TRC legislation.
 23 In South Africa what we did was we precluded a civil route. We had civil amnesty for those
 24 wrongs, but the Chilean polity didn't decide to do that. So you could choose to take the route
 25 of the transitional justice compensation law or you could still choose to take the route of other
 26 civil or public law litigation. Now that was a fundamental choice of that particular country and
 27 the way in which it wanted to undertake transitional justice -- and I think there is an important
 28 reason for it and the important reason is the following: in South Africa there was no way one
 29 was going to restore the constitution from the Apartheid era. The very democratisation
 30 exercise in South Africa made that constitution, that earlier legal order, fundamentally
 31 illegitimate. So one core aspect of transitional justice in the South African context was
 32 actually to create a new constitution.

33 But the Chilean polity decided differently and I think out of, in a sense, pride and in a
 34 sense recognition that what had happened in Chile was that a functioning democratic order
 35 under the rule of law had been interrupted by a coup d'état and a dictatorship. So what the
 36 Chilean transitional justice effort was an effort to do was to restore the democracy, to restore
 37 the constitutional order and therefore to restore the rights that existed under that order that
 38 were interrupted or quashed for a period of time by the dictatorship and the resurgence of
 39 these rights and then the actions of certain elements in the Chilean state to frustrate their
 40 vindication by the claimants is really the substance of the matter we have before us.
 41 Thank you.

42 **Dr Juan Garcés.** - Avec votre permission, je voudrais tout simplement confirmer ce que vient
 43 d'expliquer le Pr Howse en vous donnant un exemple : comment agit le système judiciaire et
 44 légal chilien, comment une norme sous la dictature reste en vigueur, mais cependant, elle
 45 est inefficace et invalide.

46 C'est le cas, et vous avez pu le lire, dans les sentences que nous avons citées de la
 47 Cour Suprême concernant des crimes contre l'humanité. La dictature, en 1977, a édicté un
 48 décret-loi, une loi de self-amnesty, d'auto-amnistie, couvrant-en termes absolus, pour couvrir
 49 les grands crimes commis pendant ces premières années. Cette loi est toujours en vigueur au
 50 Chili. Alors, conformément à l'interprétation qu'a faite l'autre Partie du décret 165, ce
 51 décret 165 est toujours en vigueur ! Et cependant, ce qu'a fait la justice chilienne, la Cour
 52 Suprême, d'une manière réitérée, a été de ne pas appliquer, à partir surtout de 1998 – à partir

1 de l'arrestation du général Pinochet à Londres, sollicitée et obtenue par la Fondation que j'ai
 2 l'honneur de présider – de ne pas appliquer la loi d'amnistie de la dictature. Elle est toujours
 3 en vigueur et, cependant, elle n'est pas appliquée. Et des dizaines et des dizaines d'officiers,
 4 des forces armées et des services de sécurité, ont été jugés et condamnés à la prison avec la
 5 loi d'amnistie en vigueur. C'est-à-dire qu'elle est devenue, en termes kelseniens, inefficace,
 6 invalide. C'est la même chose par rapport aux décrets confiscatoires dans les sentences, plus
 7 de vingt, que vous avez dans le dossier de la Cour Suprême.

8 Il y a finalement quelques références qui me semblent mineures, mais que je voudrais
 9 quand même mentionner. Je lis, dans les pages qui m'ont été communiquées par les Parties,
 10 qu'on nous attribue des affirmations fausses ou des estoppels. Et je ne sais pas si cela est
 11 important – ce n'est pas la première fois qu'ils le font –, mais par exemple, ici, *false-* n'est-ce
 12 pas ? – en toutes lettres :

13 (Poursuit en anglais.)

14 « *Estoppel: in the original arbitration at ICSID, Chile conceded that there was an*
 15 *investment.* »

16 (Poursuit en français.)

17 Eh bien, oui ! Oui, vous ne trouverez pas, dans la sentence initiale, aucune référence
 18 au Chili ayant nié « l'existence » [de ce] que M. Pey avait fait l'investissement. Et ce que vous
 19 trouverez, par contre, c'est l'affirmation de l'État du Chili, en 2003, qui figure en pied de page
 20 du paragraphe 667 de la sentence initiale, que je vais vous lire littéralement :

21 « *La République du Chili ne prétend pas justifier ce qui s'est produit pendant cette*
 22 *période turbulente de notre histoire. Bien au contraire, nous avons réparé sur le plan*
 23 *matériel, nous avons essayé aussi de réparer sur le plan moral, les préjugés [mis pour*
 24 *préjudices] soufferts par des personnes pendant cette période », « Il ne s'agit pas non*
 25 *plus de justifier la légitimité des actes qui ont découlé de la confiscation de biens de la*
 26 *société anonyme et de la société limitée. Bien au contraire, la République est*
 27 *consciente des dommages causés par ces confiscations et c'est pour cela qu'elle a*
 28 *indemnisé ses titulaires légitimes.* »

29 Donc, si la République a indemnisé ceux qu'elle considérait les titulaires légitimes, c'est
 30 parce qu'elle reconnaissait qu'il y avait eu un investissement ; seulement qu'elle a indemnisé
 31 des gens qui n'étaient pas propriétaires conformément au Tribunal international.

32 Donc, il n'y a pas de faux, et nous soutenons...

33 Et également, il y a plusieurs *red herrings*. Ici, c'est

34 (Poursuit en anglais.)

35 « *The First Committee rejected Chile's argument that the First Award should be*
 36 *annulled because the First Tribunal had not identified the "investment" to which the BIT*
 37 *violation related.* »

38 (Poursuit en français.)

39 Ceci a été étudié par le Comité *ad hoc*, le premier Comité *ad hoc*, et cet argument a
 40 été rejeté. Donc, comme l'avait affirmé la sentence de resoumission de l'affaire AMCO, toute
 41 question qui a été tranchée par la sentence initiale est *res judicata*, et toute question qui était
 42 soumise au comité *ad hoc* et qui n'a pas été acceptée est également *res judicata*.

43 **PROF HOWSE.-** If I may, Mr President, members of the tribunal. Just to add very briefly that
 44 many of the statements -- and this relates to what Dr Garces was just referring to -- in the
 45 presentation of opposing counsel related in one way or another to the merits of our case and
 46 their case and including what would eventually be the damages phase and we do not intend
 47 to respond today fully to those because we want to be as helpful to the Tribunal as possible
 48 on the issues that have actually been bifurcated and that are before us today.

1 The fact that we cannot do a comprehensive response to every statement that relates to the
 2 merits of our claim should not, I would submit, be held against us because we are fully
 3 prepared to go into these statements in detail at the appropriate time and counter them. It is
 4 just that that would take a lot of the focus away today from the issues that have been
 5 bifurcated.

6 **Dr Juan Garcés.**- J'aimerais finir, si j'ai encore le temps, par une référence à la manière
 7 comment la Partie adverse s'est comportée dans cette phase de la procédure. Vous aurez
 8 remarqué qu'à la suite de toute une série d'invectives, on nous a traités de « terrorisme
 9 arbitral », n'est-ce pas ?

10 Alors la première lecture que j'ai fait du « terrorisme arbitral » m'a rappelé le doyen Léon Duguit
 11 qui était accusé par Maurice Hauriou « d'anarchiste de chaire. » Mais ce n'est pas dans ce
 12 sens-là qu'ils le disent, et je trouve qu'il y a quand même des limites dans la défense d'une
 13 position, et cette limite-là n'a pas été respectée, et de loin, par la Partie adverse. Et je dois
 14 vous le signaler. Merci.

15 **M. le Président.**- Vous avez terminé, Monsieur Garcés ? Oui ? Monsieur le Professeur
 16 Howse ?

17 (*Acquiescement.*)

18 Merci beaucoup.

19 Nous allons donc, maintenant, suspendre pour le déjeuner et nous reprendrons donc
 20 à 2 heures 25.

21 (*Poursuit en anglais-interprétation.*)

22 Nous allons donc nous séparer pour le déjeuner et nous reprendrons à 14 heures 25. Merci
 23 beaucoup.

24 (*L'audience, suspendue à 13 heures 12, est reprise à 14 heures 32.*)

25 **M. le Président.**- Monsieur Garcés, est-ce que vous voulez 10 minutes ou un quart
 26 d'heure ?

27 **Dr Juan Garcés.**- Cela ira. Je peux commencer à parler si vous voulez.

28 **M. le Président.**- Oui, allez-y.

29 **Présentations des Demandeurs**

30 **Dr Juan Garcés.**- Monsieur Jourdain parlait en prose, il ne le savait pas. Moi, je parle en
 31 Pangloss, sans le savoir probablement, parce qu'il y a ici un dialogue impossible. Ce sont des
 32 plans différents.

33 Ce matin, j'ai rendu hommage à la jurisprudence chilienne qui applique le droit conventionnel
 34 directement, même s'ils n'ont pas ratifié un traité, et donc on ne peut pas dire aujourd'hui que
 35 le... Pardon, le droit coutumier, le droit international coutumier, sans avoir besoin d'avoir signé
 36 un traité. C'est une particularité, depuis plusieurs années, que vous avez pu voir dans la
 37 jurisprudence que nous avons produite. Donc c'est un hommage à l'évolution ou à la
 38 récupération des valeurs démocratiques traditionnelles de l'histoire chilienne.

39 Ce matin, j'ai également invoqué le dialogue devant le Comité *ad hoc* premier sur l'importance
 40 de l'article 7 de la Constitution du Chili, donc l'importance et l'obligation d'appliquer, pour ce
 41 Tribunal, l'article 7, parce que cet article est obligatoire et d'application directe par les tribunaux
 42 de justice. On ne peut pas dire plus clairement, n'est-ce pas, que je fais la différence entre ce
 43 qui était le régime politique, dont les juristes s'étaient inspiré de Carl Schmitt, de ceux qui se

1 sont inspirés ensuite, à partir de 1990, de Kelsen et également de Heller, dans la mesure où
 2 ils ne revendentiquent pas seulement le droit positif dans la hiérarchie constitutionnelle, mais en
 3 plus, ils souhaitent qu'il y ait un contenu social et humain à l'interprétation et à l'application du
 4 droit interne du Chili.

5 Dans tout ce qui a été dit tout à l'heure, par rapport à cette assimilation du régime actuel avec
 6 le régime de la dictature, tout simplement, c'est un non-sens.

7 Ensuite, j'ai entendu dire que nous inventons des demandes post-sentence initiale à répétition,
 8 comme si nous nous amusions, n'est-ce pas, à encourir les frais, absolument pour nous
 9 héroïques, de soutenir un arbitrage, et pour le plaisir. Bon.

10 Il suffirait de lire ce que la Sentence de resoumission a affirmé au paragraphe 244 : « *La Sentence du Tribunal [de resoumission, je cite] n'affecte pas la conclusion de 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 Demandereuses, 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.* »

16 Par conséquent, ce que nous faisons, en soumettant nos demandes, c'est justement de dire :
 17 la violation de l'article 4 n'a pas été l'objet, d'après le Tribunal de resoumission, de la demande
 18 de resoumission.

19 Je ne vais pas m'étayer [prière de comprendre : étendre] sur ce que je pense de cette
 20 conclusion, mais pour moi, en ce moment, c'est *res judicata*.

21 Par conséquent, lorsqu'on nous dit que les calculs des dommages, que les experts financiers
 22 d'Accuracy ont produits, sont fondés sur l'expropriation, la confiscation de l'année 1975, cela
 23 n'a pas de sens. Ces dommages sont calculés sur la violation de l'API telle qu'établie dans le
 24 Dispositif de la Sentence initiale, paragraphe 2 et paragraphe 3, et l'obligation, le devoir,
 25 d'indemnisation reconnu par l'État chilien.

26 Tout l'argument de l'autre Partie est de dire, mille et une fois, que nos arguments sont fondés
 27 sur l'expropriation de 1975. Pas du tout ! Ils sont fondés sur la violation de l'API, telle qu'établie
 28 dans la Sentence qui a l'autorité de la chose jugée.

29 Il faut reconnaître, et remercier la Partie Défenderesse, si elle me le permet, de la manière
 30 tellement claire de mettre en question la Sentence initiale.

31 Elle nous reproche que nous faisons ici, par rapport à des demandes nouvelles post-sentence
 32 initiale, un appel – ce que nous nions, bien entendu, en termes absolus – mais vous avez
 33 entendu, d'une manière extrêmement claire, qu'ils combattent toujours la Sentence initiale.
 34 Donc s'il y a ici un appel, c'est de l'autre côté de la table.

35 Peut-être d'une manière incidente, je peux également vous préciser que, non seulement ils
 36 s'attaquent ici à la Sentence initiale, ce qu'ils ne peuvent pas faire, puisque c'est une *res*
 37 *judicata* confirmée par le Comité *ad hoc* n° 1, c'est que, jusqu'à maintenant, l'État du Chili n'a
 38 pas autorisé le CIRDI à publier cette sentence initiale.

39 Pour l'État du Chili, cette Sentence n'existe pas ! Et si elle est connue, c'est parce que nous
 40 l'avons publiée. Sinon, elle serait absolument ignorée par tout le monde ! C'est une manière
 41 d'illustrer à quel point cette Sentence initiale n'a pas été acceptée par l'État du Chili.

42 Mais, aussi longtemps qu'ils n'acceptent pas la Sentence et qu'ils n'accomplissent pas les
 43 obligations qui sont établies dans cette Sentence, moi, nous, les Demandereuses, nous nous
 44 régissons par un principe classique du droit, d'un auteur germanique... – c'est le titre d'un
 45 ouvrage que nous avons étudié lorsque nous étions étudiants- c'est von Ihering : *Le droit est*
 46 *un combat*.

47 Donc si nous voulons que le droit que nous avons défendu, et qui nous a été reconnu par la
 48 Sentence initiale et par le premier Comité *ad hoc*, [se] soit effectivement suivi d'un effet, il nous

1 faut combattre pour cela, parce que l'autre Partie refuse à reconnaître la *res judicata* de la
 2 Sentence initiale et de la Décision du Comité premier.

3 Je vous ai lu ce matin le paragraphe de la décision du premier Comité, 266, où il établissait le
 4 droit des Demandeuresses à soutenir l'équivalence du dommage causé par la violation de
 5 l'article 4 à partir de l'année 2000 avec le *quantum* de la valeur de l'investissement. Ce sont
 6 des choses différentes. Quand est-ce qu'il y a eu violation du traité ? En l'année 2000, en
 7 l'année 2002. Nous ne disons pas que le Traité ait été violé en 1975 ; ça, c'est absurde. Mais
 8 je vais vous lire le paragraphe suivant de ce raisonnement du premier Comité *ad hoc*. C'est
 9 le 267. Je cite :

10 « *Le Comité relève que le Tribunal initial a étudié et rejeté la possibilité de désigner un expert*
 11 *indépendant pour évaluer les dommages-intérêts en raison des délais et des coûts*
 12 *supplémentaires qu'un tel processus était susceptible d'entraîner. Cependant, de l'avis du*
 13 *Comité, le Tribunal ne pouvait pas examiner les éléments de preuve et parvenir à une telle*
 14 *conclusion sans avoir donné aux deux Parties la possibilité de présenter leurs arguments* [cette
 15 partie, donc, c'était l'équivalence] *sur le critère d'indemnisation applicable et l'évaluation des*
 16 *dommages- intérêts au titre de la violation de l'article 4 de l'API.* »

17 Toujours l'article 4 de l'API.

18 Il est inutile de dire ici – parce que le Tribunal le connaît parfaitement – que lorsqu'un API, un
 19 accord de-protection des investissements, établit des critères d'indemnisation seulement dans
 20 l'article correspondant à la confiscation, de nombreux tribunaux arbitraux, lorsqu'il s'est agi
 21 d'estimer la valeur du dommage ou le *quantum* du dommage pour le manquement au
 22 traitement juste et équitable, ont pris les critères de l'article correspondant à l'expropriation.
 23 Mais ce sont des choses différentes, la quantification du dommage et la violation du traité.
 24 Dans un cas, c'est l'article 4, d'après le Tribunal initial et le Comité initial.

25 Alors, je reprends ce que dit le premier Comité :

26 « *Le Comité est d'accord avec le Comité ad hoc dans Klöckner I sur le fait que rouvrir la*
 27 *procédure avant d'arriver à une décision et permettre aux Parties [au pluriel] de faire valoir*
 28 *leurs vues sur la nouvelle thèse des arbitres n'était pas simplement une question d'opportunité,*
 29 *mais une nécessité, étant donné que le Tribunal sortait du cadre légal que les Parties lui avait*
 30 *fixé.* »

31 Donc, c'est ça que nous avons soumis au Tribunal de resoumission : la quantification du
 32 dommage à partir de la violation de l'article 4.

33 Mais le Tribunal de resoumission nous a répondu que la conclusion du Tribunal concernant la
 34 violation de l'article 4, qui a l'autorité de la chose jugée, « *n'était pas l'objet de la présente*
 35 *procédure de nouvel examen* ».

36 Par conséquent, le Tribunal de resoumission s'est déclaré sans compétence.

37 S'étant déclaré sans compétence pour déterminer le montant de cette violation, cette
 38 quantification que nous avons soumise n'a pas été l'objet, donc, de la considération du Tribunal
 39 de resoumission.

40 Et là, il n'y a pas de conflit entre le fait que l'essentiel de la quantification des dommages par
 41 le rapport Accuracy soit similaire dans les deux cas, parce qu'il s'agit toujours des dommages
 42 causés par la violation de l'article 4, dans l'établissement de cette équivalence que le Comité
 43 *ad hoc* premier a admis que nous devions et nous pouvions exposer.

44 Ces problèmes de compétence ne se posent pas devant votre Tribunal, et c'est pourquoi nous
 45 avons soumis que vous avez la compétence.

46 Maintenant, ils nous disent qu'il aurait fallu former un recours en reconsideration... pardon, en
 47 révision. Nous ne pouvions pas le faire, parce que la condition *sine qua non* d'un recours en
 48 révision, c'est que le fait serait survenu, le fait nouveau... enfin, le fait sur lequel s'appuie,
 49 aurait pu s'appuyer la révision, aurait dû intervenir avant le prononcé de la Sentence initiale.

1 Ce n'est pas le cas, et la décision du Tribunal, le jugement de Santiago, est postérieure à la
 2 Sentence initiale. Par conséquent, on ne peut pas aller à la révision de la Sentence initiale sur
 3 la base d'un fait qui est postérieur de plusieurs mois à la Sentence initiale.

4 Mais il y a aussi un point très important à souligner : en ce moment, nous ne nous appuyons
 5 pas sur le jugement interne.

6 Le fondement de la compétence que nous soutenons en ce moment, il est fondé exclusivement
 7 sur ce qui était connu du premier Tribunal arbitral, c'est-à-dire les articles 666 à 674. Il n'y a
 8 pas besoin de jugement interne... de l'interprétation du jugement interne du 24 juillet 2008,
 9 pour établir la compétence du présent Tribunal et pour calculer les dommages qui découlent
 10 de la violation de l'article 4 postérieure à la sentence initiale.

11 Pourquoi ? Je l'ai dit ce matin : le Tribunal initial, d'une manière claire et catégorique, a pris
 12 acte, a donné une force juridique de *res judicata* à la reconnaissance par l'État du Chili que
 13 ces confiscations étaient illégales, qu'elles étaient invalides. Et c'est en raison de cette
 14 reconnaissance par l'État de l'invalidité et de l'illégalité de la confiscation de l'investissement
 15 de M. Pey que, dans le paragraphe 674, le premier Tribunal a condamné le Chili. Le Chili n'a
 16 pas été condamné à cause ou en relation avec le jugement interne du mois de juillet après la
 17 sentence. Par définition, le Tribunal initial a dit : « *À la connaissance du Tribunal arbitral, ce*
 18 *décret n'a pas été mis en question par les jurisdictions internes.* » Bien sûr.

19 Par conséquent, la condamnation de l'État du Chili à indemniser les Demandées est
 20 seulement fondée, *res judicata*, sur ces paragraphes 666 à 674 de la sentence initiale, des
 21 paragraphes qui n'ont pas été cités par l'autre Partie pendant toute la séance et, je crois, non
 22 plus – mais ceci de mémoire – dans leurs écritures.

23 Maintenant, l'invocation du droit interne dont j'ai déjà fait une certaine référence – la question
 24 de Mme l'Arbitre l'a également évoqué, Mme Ruiz-Fabri : nous avons l'obligation... le Tribunal
 25 a l'obligation, d'appliquer la loi du Chili. Et j'insiste : l'article 7 de la Constitution est impératif.

26 Alors, le président du Tribunal nous a dit : « Qu'est-ce que vous comprenez par *res judicata* ? »
 27 Le Professeur Howse va prendre la parole ensuite, mais j'avance déjà notre position.

28 Notre interprétation de la *res judicata* est absolument classique. Classique dans quel sens ?
 29 Le Dispositif, il ne fait pas de doute que c'est *res judicata* ; donc, n'en parlons pas.

30 Maintenant, le fondement. Nous partons de la thèse classique du juge Anzilotti dans
 31 l'Affaire Chorzów, en disant : oui, en effet, c'est la décision -que vous connaissez
 32 parfaitement – la décision, c'est la partie *res judicata* ; mais cela n'empêche que pour
 33 interpréter la partie dispositive, le Tribunal peut et doit se référer à la motivation de cette partie
 34 dispositive. Et cette partie dispositive peut avoir l'autorité de la *res judicata*.

35 Dans le cas présent, il n'y a pas de doute. Le premier Comité *ad hoc*, qui a entendu les
 36 arguments qui ont été replaidés ce matin et cette après-midi, a eu le soin d'accorder, de
 37 décider, que le corps tout entier de la sentence initiale a l'autorité de la chose jugée. Ils ont
 38 senti – n'est-ce pas ? – qu'ils ne pouvaient pas faire comme le premier Comité *ad hoc* de
 39 l'Affaire AMCO, qui a laissé sans définir qu'est-ce qui était *res judicata* ou pas *res judicata*. Et
 40 il a fallu une décision spécifique du deuxième Tribunal AMCO pour savoir qu'est-ce qui était
 41 *res judicata* dans la première sentence ou ne l'était pas. Dans ce cas-ci, le premier Comité *ad*
 42 *hoc* a compris parfaitement quel était l'enjeu, et il a coupé court : tout le corps de la sentence
 43 initiale est *res judicata*.

44 Par conséquent, qu'est-ce que c'est, le corps ? La question de la nationalité, qui a été
 45 énormément débattue. Et la Partie défenderesse est arrivée à une séance comme celle-ci, et
 46 M. le Président de la Cour constitutionnelle en exercice de l'État du Chili s'est assis à la table
 47 et, avec l'autorité de la plus haute magistrature chilienne, a défendu que M. Pey ne pouvait
 48 pas renoncer aux bénéfices de la double nationalité. Par conséquent le Tribunal CIRDI n'avait
 49 pas, conformément à l'article 25 de la Convention CIRDI, n'avait pas la compétence.

1 Le Tribunal initial a appliqué la Convention américaine des Droits de l'Homme pour déterminer
 2 si M. Pey pouvait ou ne pouvait pas renoncer à ces bénéfices-là. Et il est arrivé, après nous
 3 avoir entendus, et moi, je me suis appliqué, bien entendu, à démolir la thèse soutenue M. le
 4 Président de la Cour constitutionnelle en exercice, que M. Pey pouvait renoncer à la double
 5 nationalité. Et le Tribunal nous a suivis. Il n'a pas eu besoin d'un expert ; il suffisait de connaître
 6 le texte - le droit chilien c'est un droit de souche romano-germanique, le Tribunal doit appliquer
 7 le droit tel qu'il est dans la loi- et nous avons, en plus, montré au Tribunal initial que ce
 8 Président de la Cour constitutionnelle avait écrit et publié les thèses exactement contraires à
 9 ce qu'il a soutenu devant le Tribunal arbitral. Eh bien, donc, nous avons eu gain de cause.

10 Qu'est-ce que qui est *res judicata* dans la sentence initiale ? L'investissement.

11 Y a-t-il eu un investissement ? La réponse est « Oui ».

12 Est-ce que cet investissement est étranger ? Cela a été plusieurs années de débats et cela a
 13 été tranché : c'est un investissement étranger.

14 Il n'est plus question... On ne peut pas... Même si vous n'êtes pas d'accord, vous ne pouvez
 15 pas l'éviter : c'est *res judicata* que l'investissement existe et qu'il a la qualité d'étranger.

16 Il est *res judicata* qu'avec la transmission des actions de l'investissement original la personne
 17 qui reçoit, qui acquiert, ces actions acquiert avec elles la qualité d'investisseur étranger, parce
 18 que l'investissement initial a eu lieu, et il avait la qualité d'investissement étranger. Cela a été
 19 statué de cette manière par rapport aux actions transmises à la Fondation Président Allende,
 20 l'année 1990. Et nous affirmons que le même principe d'application du Traité a lieu maintenant
 21 par rapport à la transmission des 10 % des actions de M. Pey à sa fille.

22 Par conséquent, ces dimensions-là, existence de l'investissement et nature étrangère de
 23 l'investissement, et transmission du bénéfice de l'API et du droit d'agir, c'est quelque chose
 24 qui a été discuté longuement devant le Tribunal initial et confirmé par le Tribunal initial ; discuté
 25 longuement devant le premier Comité *ad hoc* -vous le trouverez dans la Décision- et le Comité
 26 *ad hoc* a dit : « Pas question, je confirme ce qui a été décidé par le Tribunal initial. »

27 Je ne sais pas si la question... Maintenant, le professeur Howse souhaiterait dire quelque
 28 chose là-dessus, avec votre permission.

29 **PROF HOWSE.-** So I am going to address myself to this question of the meaning of *res*
 30 *judicata* that is being posed by the president of the tribunal. Apart from what Dr Garces has
 31 already said, I think it is important to recall a comment made by opposing counsel Silberman,
 32 which is that, in effect, when we are dealing with *res judicata*, we are dealing with on the one
 33 hand a principle of international law that applies in a wide variety of settings, and we are also
 34 dealing with the nature of finality in the ICSID system.

35 And these are overlapping. One might say that in some sense, finality in the ICSID system is
 36 a *lex specialis* or a particular expression of *res judicata*. But it goes further than that,
 37 because, as the tribunal well knows, the ICSID system was designed with a particular
 38 purpose, which was to ensure that an award once final in the ICSID system would be
 39 automatically enforceable in municipal courts, without reopening either the motivation or the
 40 jurisdiction of the tribunal, or in fact anything else. That contrasts with, of course, the New
 41 York Convention, where there is a limited grounds of judicial review by domestic courts.

42 So, in addition to the considerations that Dr Garces has mentioned, I think it is important to
 43 distinguish between *res judicata* as it might generally apply as a principle of international law,
 44 and those principles are, as we know, part the applicable law under the Chile-Spain BIT, and
 45 the finality of ICSID awards.

46 In brief, the whole ICSID system reposes on the notion that all of an award, except that which
 47 is annulled, is final. So that is a particular way of thinking about *res judicata* that has to do
 48 with some of the systemic goals of the ICSID system.

1 When we turn to res judicata as a general principle or a principle of international law, we face
 2 the fact that as a principle that applies generally, it applies differently perhaps in some
 3 different contexts.

4 So you may recall -- the tribunal may recall, for example, the issue that came up of res
 5 judicata with respect to proceedings of the International Criminal Tribunal for the Former
 6 Yugoslavia in the International Court of Justice case Bosnia v Serbia. There you will see that
 7 in order to know the exact bounds of es judicata, you have to consider matters such as the
 8 identity of the parties for example, and the identity or relationship of the claims.

9 So when it is being applied as a principle of international law, it has to be applied
 10 contextually.

11 So in this context, we could be talking about res judicata in a number of respects. We could
 12 be talking, for example, about the possible finality of certain judgments of the domestic courts
 13 in Chile; or we could be talking about statements by the Chilean state that might be regarded
 14 as binding, as unilateral declarations, in the manner of the test ban treaty case.

15 So we have to distinguish each context when we are thinking about res judicata.

16 But the issue is kind of simpler for us here, because the res judicata we are primarily dealing
 17 with is the res judicata of a final ICSID award. That is to say all of the awards that are not
 18 annulled or subject to annulment. That res judicata is premised upon the finality of the
 19 Washington Convention, which is one of the bedrock principles of the ICSID system.

20 So I would like to just make a couple of other observations.

21

22 **THE CHAIRMAN.-** Yes, concerning res judicata, do you consider that all the new demands
 23 that you are formulating have never been addressed by any of the previous decisions? I refer
 24 to a jurisprudence like, you know, you cite the Apotex case, for example, in your
 25 submissions. I am referring, for example, to this decision.

26 **DR GARCES.-** Which one?

27 **THE CHAIRMAN.-** Apotex. You cite it in your submissions. Excusez-moi, je me suis
 28 exprimé en anglais. Vous avez compris ?

29 **M. le Président.-** Excusez-moi, je me suis exprimé en anglais. Vous avez compris ?

30 **Dr Juan Garcés.-** Oui.

31 **M. le Président.-** D'accord.

32 **Dr Juan Garcés.-** Les violations du Traité postérieures à la Sentence, il y a deux étapes. Les
 33 violations postérieures à la Sentence à partir de 2008, n'est-ce pas, qui concernent la
 34 décision 43, l'estimation du dommage causé par la décision 43 qui est une décision de
 35 l'année 2000, et le déni de justice qui est lié à la décision 43, qui était porté comme demande
 36 complémentaire l'année 2002 devant le tribunal initial.

37 Nous avons soumis au tribunal de resoumission la quantification de ces dommages causés
 38 par la violation de l'article 4. Le tribunal de resoumission nous a dit que toute question qui est
 39 née entre les Parties après la date critique du 3 novembre 1997 est en dehors de la
 40 compétence du Tribunal arbitral. Par conséquent, nous avons considéré que la Sentence de
 41 resoumission ayant exclu de sa compétence cette question, nous étions libérés de pouvoir
 42 soumettre la question à un autre tribunal, et même dans un autre for. Et de ce point de vue-là,
 43 nous avons dans nos mémoires cités la doctrine en question, par exemple c'est l'opinion de
 44 Michael Waibel qui indique que...

45 (*Poursuit en anglais.*)

1 *"If an ICSID tribunal rejects its jurisdiction for any reason, it will be res judicata for ICSID
2 purposes only. All it means is that in the absence of a successful application for annulment,
3 the investor will not be able to bring the claim(s) to ICSID a second time.*

4 *Notwithstanding, an investor can present his claims in other dispute resolution fora. For
5 instance, the investor could bring its claims to (...) non-ICSID BIT tribunals. res judicata thus
6 has a more limited scope than in national law."*

7 *(Poursuit en français.)*

8 C'est une citation dans le paragraphe 124 de la Duplique.

9 En conséquence, les expertises financières qui ont été produites par Accuracy, qui auraient
10 été avancées lors de la procédure de réexamen au soutien des questions que le tribunal de
11 resoumission a considérées hors de sa compétence, nous soutenons qu'elles peuvent
12 légitimement être soutenues devant le présent Tribunal pour autant qu'elles entrent dans la
13 compétence de votre Tribunal, et la *causa petendi* et l'objet de controverse, remèdes et
14 demandes que ces arguments et expertises soutiennent ou quantifient. Nous estimons que
15 c'est le cas compte tenu de la décision du tribunal de resoumission que j'ai citée, qui figure au
16 paragraphe 144 de la Sentence de resoumission. Il nous dit que cette question que je viens
17 d'évoquer, la violation de l'article 4 et l'obligation du Chili, n'était pas l'objet de la Sentence de
18 resoumission. Nous ne sommes pas d'accord avec cela, bien entendu, mais c'est *res judicata*
19 et nous l'appliquons de manière conséquente.

20 Est-ce que cela répond à votre question, à peu près ?

21 *(Le Président acquiesce.)*

22 Parce que si je suis passé à côté...

23 **PROF HOWSE.**- First of all, I would be happy, Mr President, to explore further this question,
24 if that is the preference of the tribunal. But I also have a few other observations on some of
25 the statements of opposing counsel in this after-lunch, afternoon session. One just a
26 housekeeping point is that opposing counterclaim that I was illogical in suggesting that it
27 was a logical impossibility that you could have an investment treaty that would allow a claim
28 when there was not an investment at the time of the claim. But, in fact, different treaties
29 have different ways of dealing with pre-investment conduct of the host state. Some treaties
30 clearly exclude such conduct from the possibility of a claim; others explicitly include some
31 forms of pre-investment conduct, especially when, for example, there is discrimination with
32 respect to whether an investment can be made and on what terms it is established. And
33 those acts actually may occur prior to the investment.

34 My point, very simply, and I am perhaps a little sensitive about this, because when I was an
35 undergraduate I scored 100 per cent in my logic exam, symbolic logic, at the University of
36 Toronto.

37 My point is simply this: it is not that this particular BIT actually does explicitly cover pre-
38 investment conduct. It doesn't also explicitly exclude it. The fact is that this particular BIT
39 doesn't have a temporal provision that would tell us at what point an investment has to exist
40 over a certain time frame in relation to the bringing of a claim.

41 That may be a very relevant issue for the merits, because, you know, it may go to the nature
42 of the internationally wrongful conduct, whether and what harm is actually caused to an
43 investor or to an investment.

44 That is all fine.

45 But there is simply no clause in this treaty that tells us what the drafters thought in terms of
46 the temporal frame for existence of a "investment" in relation to the possibility of bringing a
47 claim of violation under the treaty.

1 The second point -- and again it is kind of housekeeping -- is that my argument this morning
 2 was just misstated by opposing counsel. If the tribunal looks at the transcript, I think that will
 3 be fairly clear.

4 They presented my argument about ongoing effects in the following terms: that there was, at
 5 the time of seizure and/or confiscation, there was a breach of international law, and that it
 6 had continuing effects even beyond the date at which the treaty came into effect.

7 That was not my point. My point was that the confiscation, the seizure or the confiscation,
 8 gave rise to other kinds of legal effects. These legal effects were legal effects in Chilean law.

9 They were essentially de facto paralysed during the dictatorship, but afterwards -- and that
 10 goes to the misrepresentation that we are suggesting there is a continuity between the
 11 dictatorship and the restored democracy. Not at all. In fact, these legal effects that were
 12 created under Chilean law, in consequence of illicit and unconstitutional acts of seizure and
 13 confiscation, became meaningful once there was a return to the rule of law and democracy.

14 Those were the effects I was referring to. I was not constructing a theory of continuous
 15 breach of international legal obligation. This brings us to what are the internationally
 16 wrongful acts that we are complaining of in this proceeding.

17 These internationally wrongful acts are acts that essentially have prevented, and indeed, you
 18 know, largely, if not entirely, paralysed the possibility of access to justice for the investor in
 19 respect to the consequences under Chilean law of the illegal and unconstitutional nature of
 20 the confiscation and seizure.

21 Here, it is very important what the new government said. It made a declaration that these
 22 were in fact illicit and wrongful acts that had to be, or should be capable of, redress. The
 23 government itself therefore created an expectation that the investor would be able to use,
 24 utilise, with due process, the Chilean system of justice, in order to be able to play out, if
 25 necessary right up to the Supreme Court of that country, the consequences under Chilean
 26 law, including constitutional law, of the illicit and unconstitutional nature of the seizure and
 27 confiscation of their property.

28 It is precisely this denial of access to justice, the possibility of further appeal or recourse with
 29 respect to legal decisions and determinations in the Chilean system, that constitute the
 30 internationally wrongful acts of which we are complaining. We are not trying to construct that
 31 the original confiscation or seizure itself was an internationally wrongful act. It might have
 32 been under customary international law, but we know that we could not bring a claim under
 33 the treaty because of the temporal limitation.

34 What we are saying is that when Chile's post-dictatorship democracy held out the
 35 expectation --first of all held, admitted the illegality and impropriety of these acts of the
 36 dictatorship, and held out the possibility of redress, including through the judicial system, it in
 37 fact created the possibility for the claimants to pursue that redress in the Chilean courts.

38 That is because, unlike South Africa, as I said, in the Chile case, the compensation scheme
 39 created by the transitional justice law was deliberately designed not to exclude the possibility
 40 of an alternative form of recourse to the courts of the land. Thus, there was no civil amnesty,
 41 there was no public law amnesty, that went in tandem with the compensation scheme.

42 So where are we at now? The denial of justice is the denial of the investor's expectation that
 43 was actually created by the post-dictatorship democracy, that in light of the recognition of the
 44 illegality and impropriety of these acts of the dictatorship, the possibility of bringing claims of
 45 redress now that the country has returned to the rule of law would be renewed.

46 This is the possibility that the investors, the claimants, have attempted to pursue once they
 47 became aware of the 2008 decision of the Santiago court, which has now been frustrated by
 48 the various acts that we describe in our pleadings that essentially created, through a kind of
 49 sleight of hand, the disappearance of their claim in such a way that the Supreme Court of
 50 Chile could not take jurisdiction to hear their appeal for recourse.

1 So, finally, it seems to me that with respect to the question of motivation and the idea that
 2 this claim is being brought for political or ideological reasons, at least in part, is in a sense
 3 irrelevant. We never really know the motivations of a given party in a proceeding, nor are
 4 they required to necessarily say what they exactly are.

5 But I would also question whether the – opposing counsel have mentioned that Chile has
 6 invested millions and millions of dollars in damages in opposing this claim. Is Chile being
 7 economically rational in doing so? Would it be economically rational for them to have
 8 offered -- I do not know. There was no settlement offer, right? On their part.

9 **DR GARCES.-** We did.

10 **PROF HOWSE.-** If you want to open up motivations, you can start asking why, if they are
 11 spending millions of dollars on these proceedings, would they not make a settlement offer,
 12 for how many millions of dollars, or a El Clarín museum, or a memorial dedicated to freedom
 13 of expression?

14 The fact is they keep spending the millions of dollars and, according to our knowledge, they
 15 made no settlement offer in this dispute.

16 They might say that is irrelevant; that is an improper consideration. And perhaps that is right,
 17 in which case it is an improper line of enquiry to ask what the underlying motivation is of the
 18 investors in continuing to pursue this claim.

19 Final point, which is human rights, and related I think to this whole discussion.

20 Opposing counsel suggested that there was something improper in the original tribunal
 21 taking into account considerations of human rights. It is unclear to what extent those
 22 considerations actually led to the dispositif in question, or even what part they form of the
 23 main reasoning. But I would simply point out that the applicable law, again, under the treaty,
 24 and the applicable law before this tribunal, includes the principles of international law, where
 25 they are pertinent. And if human rights principles are pertinent, then these are principles that
 26 can, and must in fact, be taken into consideration by this tribunal, or in fact any tribunal that
 27 has jurisdiction premised upon the compromissory clause in the treaty, because the sources
 28 of law, the applicable law, is presented in tandem with the compromissory clause.

29 So in that sense, where human rights are pertinent, they should be taken into account.
 30 One area -- and I do not, again, want to, in some sense, imitate opposing counsel and try
 31 and plead all of the merits here. But to give the tribunal a sense of where I am going here,
 32 the question of prescription. It is our view that had our recourse to Chile's Supreme Court
 33 not been cut off by essentially a kind of fraud on the claimants' of the judicial system, it
 34 would have reversed the decision that the claim was prescribed, the decision of the court
 35 of first instance.

36 But even if that were the case, that the Supreme Court were to have upheld the
 37 prescription, prescription in the context of transitional justice, in a context where the investor
 38 is basically threatened with their life and cannot practicably pursue the claim in any
 39 meaningful way during the period of the dictatorship, that itself is a denial of justice to
 40 apply the prescription in those particular circumstances.

41 There, we may indeed wish to refer to the tribunal to certain principles of human rights
 42 and certain decisions of tribunals that have addressed the injustice of prescription in
 43 transitional justice contexts. Thank you.

44 **THE CHAIRMAN:** On respondent's side, seven minutes. You have something like, I think,
 45 30 minutes.

46 **Dr Juan Garcés.-** Je vais compléter ce que vient de dire le Professeur Howse
 47 concernant la compétence *ratione temporis* et également pour retrouver la référence
 48 à Apotex, je crois pouvoir être plus précis dans la réponse.

49 La question de la compétence *ratione temporis*, dans le traité bilatéral, a été longuement
 50 discutée devant le premier tribunal, et vous pouvez le suivre dans la sentence initiale, et
 51 également devant le premier Comité *ad hoc*.

1 Le premier Comité *ad hoc* a donc entendu dire que la sentence initiale devait être
 2 complètement annulée parce que le tribunal initial n'avait pas de compétence sur les faits
 3 survenus en 1975. C'est un leitmotiv de toute la procédure depuis 20 ans : revenir toujours à
 4 l'année 75.

5 Le Comité *ad hoc* a étudié cette objection et il s'est référé à l'article 2 du Traité, paragraphe 3,
 6 qui établit la protection de l'API aux investissements antérieurs à l'entrée en vigueur du Traité
 7 pourvu, pourvu qu'il n'y ait pas eu de réclamations ou de disputes par rapport à cet
 8 investissement antérieur à l'entrée en vigueur.

9 Et le Comité *ad hoc* a conclu, en révisant la sentence initiale, que le Tribunal initial a bien
 10 appliqué ce paragraphe. Par conséquent, il a rejeté la question, l'objection.

11 En effet, c'est un point sur lequel on a discuté longuement, le Chili toujours revenant à dire
 12 que la dispute était née en 1975. Nous avons dit non, M. Pey en 1975, il était en exil. Le
 13 système judiciaire chilien était sous la mainmise d'une dictature. Il faut que je vous dise...
 14 Permettez-moi de prendre deux minutes pour vous dire qui était M. Pey, quand même, c'est
 15 le personnage central de l'affaire.

16 M. Pey était un Espagnol, né à Madrid, formé à l'université de Barcelone comme ingénieur,
 17 tout jeune ingénieur lorsque la guerre d'Espagne a commencé. Il y a eu l'intervention de
 18 l'Allemagne du IIIe Reich, de l'Italie sous Mussolini. Il était à Barcelone. Il y avait un
 19 gouvernement autonome en Catalogne, il a été chargé par le gouvernement autonome de la
 20 Catalogne de la transformation de l'industrie catalane - qui était la région la plus industrielle de
 21 l'Espagne - à l'industrie de guerre pour soutenir l'effort de la guerre d'Espagne. Il était très,
 22 très orgueilleux, et très content d'avoir réussi cette transformation d'entreprise qui était
 23 collectivisée parce qu'il y avait eu une révolution en Catalogne à la suite de l'intervention
 24 militaire étrangère. Il disait : « Ces entreprises, sous ma direction, étaient rentables ». M. Pey
 25 était donc un « capitaine d'industrie » dans le sens de Schumpeter.

26 Il s'est réfugié au Chili grâce à un bateau qui a été financé par le gouvernement Negrin, avec
 27 l'accord du gouvernement chilien ; c'est Pablo Neruda, consul à Paris, qui a organisé cette
 28 expédition. Il s'est installé au Chili et a mené une vie d'entrepreneur heureuse et profiteuse.

29 Je l'ai connu en 1972, lorsque j'ai travaillé avec le président de la République, il m'avait confié
 30 de coordonner le ministère de la justice, le président du Conseil de défense de l'État, les pluss
 31 important juristes du Gouvernement, pour préparer une constitution qu'on appelait à l'époque
 32 « Constitution de transition au socialisme ».

33 Ce projet de constitution a été élaboré, je représentais le chef de l'État, sous ma coordination.
 34 Je peux vous dire que c'était un dépassement du système capitaliste, en développant la
 35 séparation des pouvoirs et dans le respect et le développement des libertés individuelles et
 36 collectives, bien entendu dans une perspective non capitaliste.

37 Le 11 septembre 1973, cette constitution devait être annoncée par le Président pour être
 38 soumis à un référendum. Il a communiqué au Chef de l'armée, deux jours avant, qu'il allait
 39 convoquer le référendum le 11, et le Chef de l'armée a avancé la date du coup d'État pour
 40 éviter que le pays entende le Président convoquer les citoyens aux urnes pour décider le conflit
 41 qui existait à ce moment-là entre le Parlement sous la direction de l'opposition et l'Exécutif
 42 sous celle du Gouvernement populaire du Dr Allende.

43 L'attaque a commencé à 9 heures du matin, j'étais à l'intérieur du palais présidentiel. Je suis
 44 sorti à 11 h 15 du Palais. Deux heures après. Toutes les radios qui n'étaient pas sous le
 45 contrôle de putschistes ont été mises sous silence. Le siège d'El Clarin a été saisi à sept
 46 heures et demie du matin. L'attaque du Palais présidentiel a commencé à 9 heures, c'est-à-
 47 dire que le coup d'État a commencé en occupant le principal journal du pays au point de vue
 48 des ventes.

49 Trois heures après, vers 15 heures, toutes les radios sous contrôle des putschistes ont publié
 50 une liste de 15 ou 20 personnalités qui étaient sommées de se présenter au ministère de la

1 Défense immédiatement, sous peine de subir les conséquences ; c'était une ordonnance
 2 militaire. Dans cette liste, il y avait M. Pey, il y avait moi. Nous avons, chacun de son côté,
 3 appliqué le raisonnement qu'il entendait. Moi, j'ai appliqué un peu, si vous voulez, l'article que
 4 je vous ai lu ce matin ; je ne reconnais pas à ce groupe de personnes l'autorité de me
 5 convoquer au ministère de la Défense ; les militaires n'ont pas cette autorité dans le régime
 6 dans lequel nous vivons, que nous vivions à l'époque. Par conséquent, je ne suis pas allé au
 7 ministère de la Défense, et M. Pey non plus. Il a donc sauvé sa vie en sortant du pays, et
 8 pendant toute la période de la dictature, il n'a pas pu se défendre.

9 En plus, les titres des propriétés ont été également saisis par les services de renseignement
 10 de la dictature. Ce qui fait que lorsqu'il est rentré au Chili en 1989, il a dû s'occuper à trouver
 11 où étaient les titres et les moyens de paiement de l'investissement pour pouvoir justifier qu'il
 12 était le propriétaire.

13 En conséquence, pendant toutes ces années-là, il n'a pas pu se défendre, et c'est pourquoi le
 14 Tribunal initial a considéré que le paragraphe 3 de l'article 2 s'appliquait dans les
 15 circonstances. C'est pourquoi le Comité *ad hoc* a confirmé la Sentence face à l'objection de la
 16 compétence *ratione temporis*.

17 Maintenant, pour revenir à la question Apotex, je citais que l'application de la *res judicata* à
 18 une question particulière exige que celle-ci ait été préalablement tranchée par un tribunal. Je
 19 ratifie cette affirmation. Ce que nous avons affirmé par rapport à la compétence du présent
 20 Tribunal est fondé sur les conclusions de la *res judicata* parce qu'elles ont été discutées,
 21 tranchées par le premier tribunal et confirmées par le premier Comité *ad hoc*. Par contre, les
 22 questions qui ont été soumises au Tribunal de resoumission, qui n'ont pas été tranchées
 23 d'après les termes de la Sentence elle-même, nous entendons qu'il n'y a pas de *res judicata*,
 24 conformément à la doctrine, que l'on vient de résumer, et à la jurisprudence de la Cour
 25 suprême fédérale suisse.

26 **M. le Président.**- Vous avez terminé ? Oui.

27 Il reste encore du temps, je ne sais pas si...

28 (*Poursuit en anglais.*).

29 Il vous reste sept minutes du côté des Défendeurs et vingt-cinq minutes du côté des
 30 Demandereuses. Si vous voulez utiliser votre temps...

31 **M. le Président.**- Monsieur Garcés.

32 Présentations des Demandeurs

33 **Dr Juan Garcés.**- Encore une fois, l'autre Partie n'accepte pas les conclusions de la sentence
 34 initiale, telles que confirmées par le premier Comité *ad hoc*.

35 Quelques remarques ponctuelles.

36 Le recours aux remèdes internes ont été essayés par M. Pey aussitôt qu'il a récupéré les titres
 37 de propriété.

38 Il a récupéré les titres de propriété par la décision du Tribunal n° 8 correctionnel de Santiago,
 39 le 2 juin 1995 – la date exacte est dans la sentence initiale – donc on était en juin 1995.

40 Pouvant démontrer avec les documents qu'il avait acheté, qu'il avait payé, l'investissement, il
 41 s'est adressé... C'était donc le mois de juin...

42 Septembre – juillet, août, septembre – 3 mois après il s'est adressé au chef de l'État et lui a
 43 dit, c'est dans la sentence initiale : « Mon investissement - j'en suis le propriétaire, voici la
 44 décision du juge me restituant le titre de propriété- il a été saisi par un décret administratif.

1 Vous, avec un autre décret administratif, vous pouvez me le restituer. Donc, je vous demande
 2 de restituer ce qui m'a été enlevé par un décret. »

3 Le chef de l'État n'a pas accepté cette demande ; c'était le mois de septembre.

4 Alors, M. Pey s'est adressé à la justice chilienne, et il a formulé la demande du 4 octobre 1995,
 5 -la demande est dans le dossier- où il a indiqué : La saisie de la machine en question a eu lieu
 6 en application du décret 165, qui est absolument anticonstitutionnel, parce qu'il a été pris par
 7 un organe..., il a invoqué l'article 7 de la Constitution.

8 Il a dit : -C'est une nullité *ex tunc*, conformément à la Constitution, il est « nul » dit l'article 7. Il
 9 ne dit pas qu'il est annulable, il dit qu'il est « nul ». Et par conséquent, je demande la restitution
 10 de cette machine.

11 Pour arriver à trancher la question, l'action civile en restitution d'un dépôt par nécessité, le juge
 12 chilien devait nécessairement qualifier le décret 165.

13 Le représentant de l'État dans cette procédure interne soutenait que ce décret était valide. Par
 14 conséquent, le propriétaire des presses Goss était l'État, et que M. Pey n'avait pas le droit
 15 d'agir, et même pas la société... la société limitée, parce que celle-ci -étant valable... valide le
 16 décret- avait été dissoute.

17 Voilà la position de l'État dans la procédure interne.

18 Le juge a retenu la décision de première instance jusqu'à 13 années après, après avoir connu
 19 la sentence arbitrale. Et qu'est-ce qu'il a dit ? C'est le considérant n° 9, il dit exactement ce
 20 que le juge Libedinsky, expert du Chili, a reconnu devant le Tribunal de re-soumission, c'est-
 21 à-dire - c'est cité dans notre mémoire -, au considérant 9 du jugement interne le-juge-de
 22 Santiago a appliqué la nullité de droit public et n'a pas accepté la prétention de l'État que le
 23 décret était valide.

24 Et il a poursuivi, il a changé la *causa petendi*, il a dit :

25 « Mais puisque vous dites, Monsieur Pey, que le propriétaire n'est pas vous mais la société
 26 limitée, je n'accepte pas votre demande, parce que le droit d'agir correspond à la société
 27 limitée. »

28 Alors que dans la demande et dans le débat contradictoire avec le représentant de l'État,
 29 M. Pey a dit plusieurs fois que le propriétaire des presses Gross était la société anonyme, dont
 30 il avait la totalité des actions. Par conséquent, il pouvait agir au nom de la société anonyme.

31 Ils l'ont changé.

32 Mais le fait que le juge dise que le droit d'agir correspond à la société limitée, ça signifie que
 33 le juge a qualifié le décret 165, et n'a pas suivi l'État en le déclarant valide. Parce que s'il avait
 34 été valide, la société limitée n'aurait pu jamais avoir le droit d'agir vingt années après.

35 Donc, c'est seulement à l'année 2000, lorsque la décision 43 a été prise, la réaction de M. Pey
 36 a été toujours : faire recours, épuiser les ressources internes. Il s'est adressé à l'Organe de
 37 Contrôle de la légalité préalable au Chili, qui s'appelle le *Contralor general de la República*.

38 Il lui a dit : « Monsieur le Contrôleur, la décision n° 43 vient d'accorder [comprendre décider]
 39 d'indemniser des personnes qui ne sont pas, d'abord, les propriétaires ; il y a une dispute
 40 devant un tribunal international et, en plus, cette question est également soumise à la
 41 juridiction interne dans la procédure initiée en 1995 et, d'après la loi chilienne, l'administration
 42 ne peut pas prendre une décision de cette nature lorsque l'affaire est *lis pendens*, elle est
 43 soumise à et doit attendre la décision du juge. »

44 L'Organe de Contrôle est passé outre. Il a entériné la décision administrative n° 48. Alors
 45 M. Pey s'est adressé au juge en question de Santiago et lui a dit : « Écoutez, suspendez, vous
 46 le juge, l'exécution de la décision 43 parce que comme vous savez cette question a été
 47 soumise à votre juridiction. »

1 Et le juge a dit : « Je n'ai pas compétence, il faudrait que vous alliez à un tribunal supérieur ».
 2 C'est la Cour d'appel de Santiago.

3 Monsieur Pey... Tout cela est dans la sentence initiale, avec les dates correspondantes.

4 Monsieur Pey s'est adressé à la Cour d'appel, qui a la fonction de contrôle constitutionnel, et
 5 a expliqué la même chose. Et la Cour d'appel *in limine litis* lui a refusé l'acceptation de la
 6 demande.

7 Il a fait recours à la Cour suprême, et la Cour suprême *in limine litis* lui a refusé la demande.

8 Ces démarches aux plus hautes autorités de contrôle administratif et de contrôle judiciaire ont
 9 été prises en considération par la sentence initiale. C'est pourquoi il est dit, dans le paragraphe
 10 clé 674 que le déni de justice et la discrimination a eu lieu parce que l'indemnisation a été
 11 attribuée à des personnes qui n'étaient pas des propriétaires, pendant que M. Pey a réclamé
 12 l'ensemble de l'investissement à toutes les instances auxquelles il avait droit.

13 Par conséquent, le comportement de l'État, tel qu'il a été recueilli par la sentence initiale et
 14 confirmé par le Comité *ad hoc*, démontre cette volonté de M. Pey d'activer toutes les
 15 ressources légales internes afin de trouver une solution.

16 Maintenant, la question du décret 165, pour moi, dans ce débat aujourd'hui, elle est marginale.
 17 Pourquoi ? Parce que la sentence initiale est fondée sur ces paragraphes 666 à 674.

18 Le Tribunal initial a dit : « Ce décret 165 n'a pas été mis en question par les juridictions
 19 internes. Il fait toujours partie du système législatif. »

20 Par conséquent, s'il a condamné l'État du Chili, ce n'est pas en vertu de ce décret, c'est
 21 indépendamment du décret. Et ce qui était en discussion – et ça apparaît clairement dans la
 22 sentence initiale – c'était la question du fait illicite continu.

23 La position des Demandereuses était : puisque ce décret est contraire à l'article 7 de la
 24 Constitution... [l'article 7 de la Constitution, c'est la question du Pr Bernardini] l'article 7 est
 25 d'application impérative pour le Tribunal interne et également pour le Tribunal international,
 26 nous soutenons que la nullité pouvait être constatée par le Tribunal arbitral initial, et dans ce
 27 cas-là, nous étions devant un acte illicite continu.

28 Le Tribunal initial a considéré que ce n'était pas le cas et il a condamné sur une autre base.
 29 Mais cette base – donc, toujours les paragraphes 666 et 674 – a l'autorité de la chose jugée
 30 et elle est parfaitement compatible avec la position de la sentence initiale considérant que le
 31 décret en question n'avait pas été mis en question par les juridictions internes.

32 Or, quelque chose de nouveau est arrivé après la sentence arbitrale.

33 Les actes d'infraction à l'API qui ont eu lieu après, ces actes-là n'ont pas été considérés par la
 34 sentence initiale, ni par le premier Comité *ad hoc*.

35 Par conséquent, ce sont des choses qui n'ont été l'objet d'aucune décision ayant l'autorité de
 36 la chose jugée ; et c'est pourquoi nous affirmons que votre Tribunal a toute compétence pour,
 37 conformément aux articles de l'API, établir sa compétence sur ces différends postérieurs à
 38 l'année 2008. C'est d'ailleurs aussi la position du second comité *ad hoc* dans la décision du 15
 39 mars 2018 que je vous ai lue.

40 Monsieur le Professeur Howse souhaiterait ajouter quelque chose.

41 **PROF HOWSE.-** Thank you, Mr President.
 42 I want to revert very briefly to this issue of res judicata, the initial award and the question of
 43 the existence of an investment.

44 So I just would like to observe that the initial tribunal could not have found that it had
 45 jurisdiction in its exercise of competence-competence if it had not identified an investment,
 46 because Article 25 of the Washington Convention, as it is well known, makes it an essential
 47 premise of the jurisdiction of the centre that a legal dispute arose directly out of an

1 investment. requires every ICSID tribunal -- and, again, this is an area, Salini and so on, that
 2 we are all very familiar with, to determine or to establish that there is an investment under
 3 which the legal dispute arises. If not, the ICSID -- the Washington Convention jurisdiction
 4 simply does not apply.

5 So if what opposing counsel are saying now is that the original tribunal never made a
 6 determination of the existence of an investment, then that implies that there actually was
 7 never a proper determination through competence-competence, that there was any
 8 jurisdiction of the Washington Convention over this dispute. And I hardly need emphasise
 9 that the consequences of that would be enormously serious, because that would in some
 10 sense be unravelling the entire ICSID proceedings.

11 As long as Article 25(1) is an essential premise of the jurisdiction of the centre, then the
 12 tribunal exercising competence-competence would have had no choice but to have identified
 13 an investment in the course of determining whether the dispute arose out of that investment,
 14 and therefore assuring that it properly had jurisdiction under the Washington Convention.

15 This brings me to a second point about res judicata and the different ICSID awards. I may
 16 have been mistaken and we would have to look at the transcript, I thought at one point
 17 opposing counsel suggested that we had accepted the resubmission award as res judicata.

18 But, in fact, we have been totally transparent about the further proceedings that are going
 19 on in ICSID, the annulment proceedings. We could not possibly be transparent about those
 20 proceedings and say that we accept as res judicata the resubmission award, because we
 21 have requested annulment for a variety of provisions of that award.

22 What we have said is we accept as res judicata such parts of ICSID awards as are final
 23 because they are not subject to annulment or any other corrective procedure going forward.

24 So that is what we mean when we say we accept these awards as res judicata. It is kind of a
 25 common sense thing, that we are accepting them as res judicata, except to the extent that
 26 there are parts of those awards that might still be subject to annulment. And since we
 27 requested the annulment, it almost goes without saying that when we say we accept the res
 28 judicata, we accept it subject to the fact that we are requesting annulment of certain specific
 29 parts under certain grounds of annulment, and in fact on other grounds the entire
 30 resubmission award. But otherwise, what is not up for annulment we do indeed accept as
 31 res judicata.

32 So I think that clarification is important.

33 One further clarification about the fork-in-the-road with respect to the Washington
 34 Convention. Here -- and, again, I am not particularly involved in the aspects of this
 35 proceeding that concern internal Chilean law. We have experts and Dr Garces also has
 36 been pleading some aspects of that. But I would say that my understanding of the 2008
 37 Santiago decision, and Dr Garces may correct me, is that our problems with that decision
 38 relate to prescription and another feature of it.

39 But the decision of the 2008 court, to the extent that it is unfavourable to us, in my
 40 understanding is not premised on our failure to -- on our having elected, exclusively and
 41 forever, ICSID proceedings over domestic courts. We are concerned and believe it is a
 42 denial of justice to have the claim prescribed. And we wanted to take that to the Supreme
 43 Court of Chile, but the issue of the exclusivity provision in ICSID is not the fundamental
 44 issue surrounding the 2008 award, as I understand it, of the Santiago court. Is that
 45 correct?

46 **DR JUAN GARCÉS.**- I will bring that up.

47 **PROF HOWSE.**- So, finally, there is a good reason for that. The reason for that is expressed
 48 in paragraph 80 of the second ad hoc annulment tribunal's decision on the stay. In paragraph
 49 80, the tribunal clearly distinguishes between those claims to which the exclusivity provision
 50 of ICSID applies and those to which it doesn't apply.

1 The exclusivity provision applies to claims that relate to -- before a certain date, right?
 2 Claims after that date or that relate to -- excuse me, to be more precise -- conduct after that
 3 date or internationally wrongful acts after that date, to be more precise, are not affected by
 4 "the principles established by the exclusivity provision in the ICSID Convention".

5 So there is really no difficulty with appreciating why we would want to continue demanding
 6 justice in the Chilean courts with respect to conduct subsequent to the date by which, in
 7 paragraph 80, the second annulment committee distinguishes between claims that are
 8 governed by the principles of exclusivity in the Washington Convention and claims that are
 9 not, such that they could be presented to other fora.

10
 11 **Dr Juan Garcés.**-Je souhaiterais préciser, après l'intervention du Professeur Howse, pour
 12 éviter toute équivoque, ici il y a deux forums : le forum UNCITRAL et le forum CIRDI. Nous
 13 combattons – c'est connu – certaines dimensions de la Sentence en resoumission dans le
 14 forum du CIRDI, devant le comité *ad hoc*, et nous n'acceptons pas ces conclusions-là, c'est
 15 dans le dossier.

16 Ici, devant vous, devant le Tribunal UNCITRAL, pour nous, la Sentence de resoumission est
 17 *res judicata*, telle qu'elle a été prononcée, aussi longtemps qu'elle n'a pas été modifiée,
 18 annulée, en tout ou en partie, par le comité *ad hoc*.

19 Par conséquent, il faut que vous compreniez bien les deux plans sur lesquels le
 20 Professeur Howse a raisonné. Nous ne les mélangeons pas du tout, contrairement à ce que
 21 nous avons entendu de l'autre Partie.

22 Maintenant, concernant la procédure interne, je réitère que le point qui nous intéresse, dans
 23 cette session consacrée à la compétence, ce n'est pas la décision interne du juge de Santiago
 24 de 2008.

25 Pour nous, le point central pour la compétence se trouve dans la Sentence initiale, les
 26 paragraphes 666 à 674 : la condamnation de l'État du Chili, à partir de la reconnaissance par
 27 l'État de l'ilégalité, de l'invalidité de la confiscation de l'investissement.

28 Ce jugement interne, quand même, il est apparu, donc je dois y faire référence. La question
 29 de la prescription s'est posée. L'État a opposé à M. Pey, devant la juridiction interne, en
 30 première exception : « Le décret est valide. Par conséquent, le droit d'agir est exclusivement
 31 de l'État qui est le véritable propriétaire » – écarté ! Le Tribunal de Santiago n'a pas suivi l'État.

32 Ensuite, il a appliqué la prescription à quoi ? À l'action civile de restitution du dépôt nécessaire
 33 des presses Goss. Il a estimé que cette action civile était susceptible de prescription. Et c'est
 34 là quelque chose que, si nous entrons dans le fond de l'affaire, nous pourrons développer à
 35 quel point cette application de la prescription est contestable au point de vue du droit interne,
 36 et surtout du droit international, étant donné que le juge a estimé que : « Le décret a été publié
 37 en 1975 ! Monsieur Pey, le Code civil dit que vous aviez quatre ans pour recourir [à l'encontre
 38 de] ce décret ! Si vous n'avez pas formé recours dans les quatre ans qui ont suivi, c'est
 39 prescrit ! »

40 Mais il arrive que, pendant les quatre années postérieures, M. Pey ne pouvait pas exercer ses
 41 droits à la défense : la Cour de justice chilienne était sous contrôle de la dictature, il est à
 42 l'étranger et surtout, les titres de propriété étaient saisis par le Service de renseignements !

43 Par conséquent, nous soutiendrons, si nous arrivons, comme nous l'espérons, au fond de
 44 l'affaire, que cette prescription ne pouvait pas s'appliquer dans les circonstances de M. Pey,
 45 [ce] qui constitue, en elle-même, -la prescription-, un déni de justice.

46 **M. le Président.**- Merci beaucoup.

47 Any questions? No.

48 (...)

49 **M. le Président.**- Monsieur Garcés ?

1 **PROF HOWSE.-** I think that the issue here is that there is a sense in which, until the point
2 at which there is an annulment, one would consider the resubmission award res judicata. I
3 would refer to here to the decision on the stay and in that sense, yes.

4 But it would be -- the reason I say that it is misleading is that we would not be relying in these
5 proceedings obviously on the parts of the resubmission award that we are seeking to have
6 annulled. But in a technical sense, until an annulment has occurred, it is valid. So that is
7 what we are saying. But we do not want to be -- maybe it is just semantics or a technical
8 point. We do not want to be interpreted as suggesting that we are so illogical that we might
9 be relying on these proceedings on parts of the resubmission award as res judicata that we
10 are seeking annulment of.

11 **THE CHAIRMAN**.- Thank you. I think that is clear. Thank you. We have reached the end of
12 these proceedings.

13 **Dr Juan Garcés.** - En deux minutes, pour justifier que nous demandons – nous ne l'avons
14 pas dit avant – que lorsque vous considérerez et trancherez cette discussion, vous
15 envisagiez une condamnation de la partie Défenderesse aux frais encourus pendant cet
16 incident relatif à la compétence.

17 Nous trouvons que l'attitude de l'autre Partie, qui a été de demander... Ils avaient le droit de
18 demander la bifurcation, mais on aurait pu éviter les frais de cette procédure de bifurcation.

19 Ensuite, ils ont exercé le droit de demander une audience. Le Tribunal aurait pu résoudre la
20 question de la bifurcation sans besoin de recourir à l'audience.

21 Nous avons participé dans cette audience et dans les frais qui ont été encourus, mais nous
22 considérons que le Tribunal doit prendre une décision, et nous demandons que les frais soient
23 supportés par la partie Défenderesse.

24 Merci.

25 M. le Président. - Merci. Voilà.

26 Donc nous sommes arrivés, maintenant, tout à fait à la fin de l'audience.

27 Est-ce que – je pose la question traditionnelle – vous êtes satisfaits sur la manière dont la
28 procédure, ici – cette procédure –, a été menée jusqu'à présent ?

29 Dr Juan Garcés.- Nous n'avons pas de commentaire là-dessus.

30 M. le Président.- D'accord, merci.

31 (...)

32 **THE CHAIRMAN.**- Okay, thank you. The tribunal will now deliberate and issue an award
33 as soon as possible, yes.

34

Questions d'organisation

36 Two more things that need to be clarified; two housekeeping matters. You will correct the
37 transcript and you will send us your corrections.

38 So you are going to receive the transcript tonight. So how much time do you need to correct
39 the transcript?

40 Quand allons-nous recevoir le transcript, Madame Bardot ?

41 **Mme Bardot.**— Monsieur le Président, ce soir, environ deux ou trois heures après la fin de
42 l'audience.

43 M. le Président.- D'accord.

1 (...)

2 Vous recevez la transcription ce soir. Ensuite, combien de temps vous faut-il pour apporter
3 les corrections ?

4 Dr Juan Garcés.- C'est bon.

5 M. le Président.- Le 26 mars.

6 Alors une autre chose également : nous voudrions recevoir vos notes de frais. Combien de
7 temps voulez-vous pour cela ?

8 Dr Juan Garcés.- Simultanément, le 26 mars.

9 (...)

10 Dr Juan Garcés.- Si j'ai bien compris, c'est début avril que vous proposez ?

11 M. le Président.- Oui, le 2 ou 3 avril.

12 Mme la Secrétaire du Tribunal.- Si vous voulez, le 2 avril.

13 M. le Président.- Le 2 avril ou plus tard ?

14 (...)

15 **THE CHAIRMAN.**- Yes, okay. So 9 April. Thank you very much for your submissions.
16 Thank you to the court reporters and the interpreters. I wish you a safe trip back home.
17 Thank you.

18 (L'audience est levée à 17 heures 04.)